

UiO • Det juridiske fakultet

Styrets ansvar for forsvarlig egenkapital og likviditet i aksjeselskaper

Kandidatnummer: 571

Leveringsfrist: 25.11.2013

Antall ord: 17323



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	2
1.1	Presentasjon av temaet.....	2
1.2	Generelt om styret	4
1.3	Nærmere om kreditorinteressen.....	4
1.3.1	Aksept av risiko.....	5
1.4	Nærmere om aksjonærinteressen.....	6
1.5	Avgrensninger	7
1.5.1	Skillet mellom små og store aksjeselskaper	7
1.6	Rettskildene	8
1.7	Videre fremstilling.....	10
2	SANKSJONER VED BRUDD PÅ §3-4 OG §3-5	11
2.1	Oppbudsplikten.....	11
2.1.1	Insolvensbegrepet.....	12
3	BAKGRUNNEN FOR AKSJELOVEN §3-4 OG § 3-5.....	12
3.1	Innledning.....	12
3.2	Beskyttelse av selskapskapitalen i tidligere aksjelov	13
3.3	Styrets ansvar for forsvarlig egenkapital før gjeldende aksjelov	14
3.4	Bakgrunnen for styrets handleplikt i asl §3-5.....	15
4	FORENKLINGER I REGLENE FOR VERN AV SELSKAPSKAPITALEN .	16
4.1	Innledning	16
4.2	Bakgrunnen for endringer i kapitalreglene	16
4.2.1	NUF-selskaper.....	17
4.3	Mer fleksible regler	17
4.4	Omfanget av ansvaret etter lovendringen	17

4.5	Styrets ansvar for forsvarlig likviditet før lovendringen i 2013	19
5	STYRETS ANSVAR FOR FORSVARLIG EGENKAPITAL OG LIKVIDITET SOM FØLGE AV DETS FORVALTNINGSANSVAR.....	20
5.1	Innledning.....	20
5.2	Styrets ansvar for forsvarlig egenkapital og likviditet etter aksjeloven kapittel 6	20
5.2.1	Styrets tilsynsansvar.....	21
5.2.2	Styrets planer, budsjetter og retningslinjer for virksomheten	21
5.2.3	Plikt til å holde seg orientert om den økonomiske situasjonen	22
6	STYRETS ANSVAR FOR EN FORSVARLIG EGENKAPITAL OG LIKVIDITET ETTER AKSJELOVEN § 3-4.....	24
6.1	Innledning.....	24
6.1.1	Formålet med en rettslig standard	25
6.2	En fremtidsrettet forsvarlighetsvurdering.....	25
6.3	Selskapets egenkapital	27
6.3.1	Selskapets fremmedkapital.....	28
6.3.2	Utgangspunktet for styrets vurdering	29
6.4	Selskapets likviditet.....	35
6.5	Kriterier for å fastslå om egenkapitalen og likviditeten er forsvarlig.....	36
6.5.1	Forsvarlig egenkapital og likviditet ut fra risikoen ved virksomheten	36
6.5.2	Forsvarlig egenkapital og likviditet ut fra omfanget av virksomheten	37
6.6	Kravet om at selskapet «til enhver tid» skal ha en forsvarlig egenkapital og likviditet	38
6.6.1	Kravet om at egenkapitalen til enhver tid skal være forsvarlig	38
6.6.2	Kravet om at likviditeten til enhver tid skal være forsvarlig	38
6.6.3	Hvor ofte må styret foreta en forsvarlighetsvurdering?	39
6.7	Styrets forhold til selskapets eksterne revisor	40
7	STYRETS HANDLEPLIKT NÅR EGENKAPITALEN OG LIKVIDITETEN BLIR UFORSVARLIG.....	42

7.1	Innledning	42
7.2	Styrets handleplikt når egenkapitalen er under halvparten av aksjekapitalen	42
7.3	Styrets handleplikt når egenkapitalen er uforsvarlig	43
7.3.1	Tidspunktet for handleplikten	44
7.3.2	Styrebehandlingen.....	46
7.3.3	Innkalling til generalforsamlingen	48
7.3.4	Styrets ansvar etter at det har blitt iverksatt tiltak.....	55
7.3.5	Oppløsning av selskapet.....	55
7.3.6	Styrets ansvar dersom generalforsamlingen ikke følger opp styrets forslag til tiltak.....	57
7.3.7	Styrets ansvar dersom generalforsamlingen ikke følger opp styrets forslag om oppløsning.....	57
7.4	Styrets handleplikt ved uforsvarlig likviditet	58
7.4.1	Styrets handleplikt som følge av dets forvaltningsansvar.....	58
7.4.2	Saksbehandlingen.....	59
7.4.3	Innkalling til generalforsamlingen	59
7.4.4	Tiltak for å gjøre likviditeten forsvarlig.....	60
8	AVSLUTNING.....	61
9	LITTERATURLISTE.....	62

1 Innledning

1.1 Presentasjon av temaet

Temaet for masteroppgaven er styrets ansvar for forsvarlig egenkapital og likviditet i aksjeselskaper.

Styret er det ledende forvaltningsorganet i selskapet. Et aksjeselskap blir gjerne stiftet for å gi aksjonærene økonomisk fortjeneste. Styret har ansvaret for at selskapet forvaltes med sikte på å opprettholde selskapskapitalen og at aksjonærene oppnår gevinst og avkastning på sin investering.¹ Styret må også avveie aksjonærenes interesser opp mot andre interesser.

En sentral forvaltningsoppgave for styret er å ha oversikt over at selskapet til enhver tid har en forsvarlig egenkapital og likviditet. Styret må ikke foreta disposisjoner som vil gjøre egenkapitalen eller likviditeten uforsvarlig. Styrets ansvar for en forsvarlig egenkapital og likviditet er presisert i aksjeloven (asl) § 3-4 og § 3-5. Lovgiver har ønsket å gjøre risikoen for økonomisk tap minst mulig ved å sette som vilkår i asl §3-4 at egenkapitalen og likviditeten til enhver tid skal være forsvarlig «ut fra risikoen ved og omfanget av virksomheten i selskapet» (jf.asl § 3-4).

Styrets ansvar for en forsvarlig egenkapital og likviditet innebærer også at styret har en handleplikt, dersom egenkapitalen og likviditeten blir uforsvarlig. Styrets handleplikt etter asl § 3-5 gjelder dersom egenkapitalen er uforsvarlig. Rettsgrunnlaget for styrets handleplikt dersom likviditeten er uforsvarlig, vil bli omhandlet i kapittel 6. I situasjoner hvor det ikke finnes fungerende tiltak, må styret «foreslå selskapet oppløst» (jf. asl §3-5 annet ledd). Hovedhensynet bak bestemmelsene er kreditorinteressen.² Lovgiver vil forhindre at den økonomiske situasjonen utvikler seg slik at selskapet ikke har midler til å

¹ Aarbakke m.fl. (2012) s 479

² NOU 1992:29 s 37

betjene kreditorene. Dersom selskapet blir insolvent, inntreer den straffesanksjonerte oppbudsplikten etter straffeloven (strl) § 283.³

Etter at aksjeloven ble vedtatt i 1997 har lovgiver foretatt flere endringer. 1.juli 2013 trådte det i kraft vesentlige endringer som skulle gjøre aksjeloven til en enklere og mer fleksibel lov. Endringene har medført at asl § 3-4 har fått tilført et krav om at selskapet til enhver tid må ha «en likviditet som er forsvarlig» (jf.asl §3-4). Tidligere ble kravet innfortolket i styrets alminnelige forvaltningsansvar som reguleres i aksjeloven kapittel 6. Selskapet kan ha en forsvarlig egenkapital, selv om det ikke har tilstrekkelig betalingsevne. Motsatt kan likviditeten være forsvarlig selv om egenkapitalen ikke er det. En presisering av kravet vil gi styret en påminnelse om at det ikke er tilstrekkelig at selskapet til enhver tid har verdier på eiendelene som overstiger gjelden. Det må også ha en tilstrekkelig betalingsevne.

Styrets ansvar for en forsvarlig egenkapital og likviditet gjelder fra stiftelsestidspunktet og gjennom hele selskapets liv. Ansvarer inntreer på det tidspunktet styret blir valgt i samsvar med bestemmelser i aksjeloven kapittel 6.

Hensynet til kreditorene vil ikke bli tilstrekkelig ivaretatt dersom handleplikten bare tar utgangspunkt i en skjønnsmessig vurdering. Det er viktig med en handleplikt som inntreer uavhengig av styrets skjønn. Styret har derfor en handleplikt etter asl §3-5 dersom egenkapitalen er under halvparten av aksjekapitalen. Egenkapitalen behøver ikke å være uforsvarlig, selv om den er under halvparten av aksjekapitalen. Det er likevel viktig at styret undersøker situasjonen nærmere, slik at det kan finne ut om egenkapitalen er uforsvarlig, som følge av et betydelig kapitaltap. Det er også viktig for selskapets aksjonærer å få informasjon om at selskapet har tapt en betydelig del av sin egenkapital.

³ Se kapittel 2.1

1.2 Generelt om styret

Etter asl §6-1 «skal selskapet ha et styre». Før lovendringen i 2013 var kravet på antall styremedlemmer «minst tre medlemmer». Etter lovendringen har bestemmelsen blitt mer fleksibel ved at antallet kan være på «ett eller flere medlemmer» (jf.asl §6-1). Størrelsen på aksjeselskapet vil ha betydning for hvor mange styremedlemmer det er nødvendig å ha for å kunne utføre en forsvarlig forvaltning av selskapet. For mange styremedlemmer kan være en ulempe, ettersom det kan bli vanskelig å ta beslutninger.

Hovedregelen er at styremedlemmene velges av aksjonærene på «generalforsamlingen» (jf.asl §6-3). Det er naturlig at oppgaven er lagt til generalforsamlingen, siden det er gjennom denne at aksjonærene utøver den «øverste myndighet i selskapet» (jf.asl §5-1). Bestemmelsen gjelder ikke for selskap som har bedriftsforsamling (jf. asal § 6-37, som får tilsvarende anvendelse på aksjeselskaper som har bedriftsforsamling). Etter asal § 6-37 hører det under «bedriftsforsamlingen å velge medlemmer til styret og styrets leder». Asl § 6-4 regulerer situasjoner hvor et bestemt antall styremedlemmer kan velges av og blant de ansatte. Etter asl § 6-6 tjenestegjør styremedlemmene i to år, dersom vedtektene ikke bestemmer noe annet. Vedtektene kan ikke fastsette en tjenestetid på «mer enn fire år» (jf.asl § 6-6). Styret utøver sin myndighet gjennom bestemmelser i aksjeloven og gjennom beslutninger fra generalforsamlingen, for eksempel i form av vedtekter.

1.3 Nærmere om kreditorinteressen

At aksjeloven har bestemmelser som skal verne kreditorene, må sees i sammenheng med ansvarsbegrensningen. Etter asl §1-2 hefter ikke aksjonærene «overfor kreditorene for selskapets forpliktelser». Aksjonærene er ikke ansvarlige for selskapets forpliktelser i «større utstrekning enn det som følger av grunnlaget for aksjetegningen» (jf.asl §1-2). Dermed er aksjonærenes økonomiske forpliktelse i selskapet begrenset til aksjeinnskuddet. Ansvarsbegrensningen kan gjøre det fristende å starte et selskap som kan gi stor fortjeneste, men som også kan innebære en reell risiko for økonomisk tap.

Ettersom ansvarsbegrensningen i aksjeselskaper gjør det mulig å starte et selskap uten å risikere personlig tap, er det ønskelig at aksjeloven har bestemmelser om at selskapet til enhver tid skal ha en forsvarlig egenkapital og likviditet. Kreditorerne er interesserte i at selskapet har tilstrekkelig med eiendeler, som vil gi dekning for gjeld. Salg av eiendeler for å betjene forpliktelser, kan derimot føre til forsinket betaling. Derfor er det viktig for kreditorerne at selskapet også har forsvarlig likviditet.

Dersom selskapet går med underskudd, kan det oppstå interessemotsetninger mellom aksjonærene og kreditorerne omkring spørsmålet om å fortsette virksomheten, omlegging av driften eller ny kapitaltilførsel.⁴ Aksjonærene kan ønske å fortsette virksomheten i håp om at den økonomiske situasjonen vil stabilisere seg. Forarbeidene uttaler at det er viktig at asl § 3-5 hjemler en aktivitetsplikt for styret, slik at situasjonen blir grundig vurdert.⁵ Her har lovgiver gitt kreditorinteressen forrang, ved at styret etter asl § 3-5 har plikt til å foreslå tiltak eller å foreslå selskapet oppløst. Asl §3-4 og § 3-5 skal dermed motivere styret til å unngå at kreditorerne utsettes for en uakseptabel risiko for tap.⁶

Etter lovendringen i 2013 kan en større del av selskapskapitalen brukes til utdelinger til selskapets aksjonærer. Derfor er det avgjørende for kreditorerne at styret ikke vedtar større utdelinger enn det som er i samsvar med kravet til forsvarlig egenkapital og likviditet i asl §3-4. Utdelinger til aksjonærene skal ikke gå på bekostning av selskapets mulighet til å betjene forpliktelser.

1.3.1 Aksept av risiko

I Rt. 1991 s. 119 hadde et selskap mottatt varer og tjenester på kreditt, men ble ute av stand til å innfri sine forpliktelser. Her henviser førstvoterende til en uttalelse fra den danske juristen Bernhard Gomards litteraturbok «Aktieselskaber og anpartsselskaber» (København 1986). Dommen ble avsagt før gjeldende aksjelov. Her siteres følgende:

⁴ Ot.prp.nr.23 (1996-1997) s 29

⁵ Ot.prp.nr.23 (1996-1997) s 29

⁶ NOU 1992:29 s 38

«Ansvar forudsætter imidlertid, at der er handlet uforsvarligt. Kreditrisiko er en almindeligt kendt og en uundgåelig del af risikoen ved at drive virksomhet. Kreditorerne må selv skaffe sig eller bede medkontrahenten selv eller andre om opplysning om hans kreditverdighet som debitor»⁷

Uttalelsen viser at kreditorerne er klar over risikoen forbundet med å selge varer og tjenester på kreditt, som følge av ansvarsbegrensningen. Kreditorerne vil gjerne foreta en vurdering av selskapets kredittverdighet. På bakgrunn av dette vil de også vurdere om det er nødvendig med sikkerhet i selskapets eiendeler. Styret må derfor sørge for at kreditorerne får fullstendige opplysninger om selskapets kredittverdighet. Dette krever at styret til enhver tid er tilstrekkelig oppdatert på den økonomiske situasjonen i selskapet.

Et aksjeselskap kan også ha kreditorer som ikke har like stor mulighet til å gjennomføre en slik kredittvurdering, for eksempel mindre leverandører av varer og tjenester.⁸ Det kan også være ufrivillige kreditorer, som for eksempel har et erstatningskrav på selskapet eller har et offentligrettslig krav på skatt og avgifter.⁹ For at selskapet skal gi alle sine kreditorer best mulig beskyttelse, er det viktig at det har en forsvarlig egenkapital og likviditet.

1.4 Nærmere om aksjonærinteressen

Selv om hovedhensynet med asl § 3-4 og §3-5 er kreditorinteressen, vil bestemmelsene også ivareta aksjonærenes interesse i beskyttelse av selskapskapitalen. Forarbeidene uttaler at det ikke er helt riktig å se reglene om selskapskapitalen ut fra en ensidig vektlegging av kreditorinteressene.¹⁰ Aksjonærene vil også være interesserte i at selskapet til enhver tid har en forsvarlig egenkapital og likviditet. De vil at selskapet skal drives med mest mulig fortjeneste, og er avhengig av en forsvarlig egenkapital og likviditet for å få utbetalt

⁷ Rt 1991 119 (s 127)

⁸ Gudmund Knudsen (2011) s 68

⁹ Gudmund Knudsen(2011) s 68

¹⁰ NOU 1996:3 s 39

utbytte. Etter lovendringen i 2013 er det uttrykkelig slått fast i asl § 8-1 fjerde ledd at størrelsen på selskapets utbyttegrunnlag må være i samsvar med kravet til forsvarlig egenkapital og likviditet i asl § 3-4.

Det er også viktig for aksjonærene at långiver finner det trygt å gi lån til selskapet. Dersom egenkapitalen og likviditeten er lavere enn forsvarlig, kan styret få vanskeligheter med å inngå nødvendige låneavtaler. Det er fordi kreditor mener at den økonomiske situasjonen i selskapet er for risikabel til å gi lån. Kreditor kan derfor avstå fra å gi lån, øke renten, kreve tilleggssikkerhet eller ekstraordinær innbetaling.

1.5 Avgrensninger

Adressaten for asl §3-4 er selskapet. Bestemmelsen retter seg først og fremst mot selskapets ledelse (styret og daglig leder), men den omfatter også alle de som opptrer på selskapets vegne.¹¹ Besvarelsen vil omhandle styrets ansvar for en forsvarlig egenkapital og likviditet. Den vil også begrense seg til å gi en kort redegjørelse for sanksjoner ved brudd på bestemmelsene. Det er fordi målet er å gi en helhetlig fremstilling av styrets ansvar for forsvarlig egenkapital og likviditet, og ikke en omfattende redegjørelse for sanksjoner ved brudd på bestemmelsene.

1.5.1 Skillet mellom små og store aksjeselskaper

Aksjeselskaper reguleres av to lover: aksjeloven og allmennaksjeloven (asal). Hoved skillet mellom aksjeselskapsformene er at allmennaksjeselskap er et større selskap, hvor tegningsinnbydelser er rettet mot allmennheten. Disse selskapene kan børsnoteres. Aksjeloven gjelder derimot for små og mellomstore selskap, hvor det bare er en begrenset krets av personer som kan tegne aksjer. I avsnittet om selskapets rettskilder, blir det gitt en redegjørelse for bakgrunnen for skillet mellom små og store aksjeselskaper.¹²

¹¹ Andenæs (2006) s 418

¹² Se avsnitt 1.6

Styrets ansvar for en forsvarlig egenkapital og likviditet er viktig for begge aksjeselskapsformene. Asl §3-4 tilsvarer asal § 3-4. Lovendringen i 2013 har medført tilsvarende endring i asal § 3-4. Handleplikten etter asl §3-5 er i hovedsak den samme som asal § 3-5, men tilpasninger til EUs annet selskapsdirektiv art 17¹³ har gjort det nødvendig å innta en bestemmelse i asal § 3-5 om at generalforsamlingen skal «innkalles senest innen 6 måneder», dersom egenkapitalen er under halvparten av aksjekapitalen. En tilsvarende bestemmelse finnes ikke i aksjeloven. Asl § 3-4 opererer med innkalling innen «rimelig tid». Det viser til en skjønnsmessig vurdering. Aksjeloven og allmennaksjeloven har også felles lovforarbeider. Ettersom bestemmelsene i aksjeloven forøvrig tilsvarer allmennaksjelovens bestemmelser om forsvarlig egenkapital og likviditet (med unntak av den objektive tidsfristen på 6 måneder i allmennaksjeloven), og fordi de fleste aksjeselskaper i Norge reguleres av aksjeloven, vil avhandlingen omhandle styrets ansvar etter aksjeloven. Allmennaksjelovens bestemmelser vil derfor ikke bli omtalt, med mindre det er nødvendig for å belyse styrets ansvar etter aksjeloven.

1.6 Rettskildene

Aksjeloven er en sentral rettskilde. Asl §3-4 og § 3-5 inneholder uklare ord og uttrykk. Bestemmelsene gir blant annet ingen veiledning om innholdet i egenkapitalbegrepet, tidspunktet for når handleplikten inntreffer og når generalforsamlingen må innkalles. For å finne frem til rettsreglene på området, vil også andre rettskilder være relevante.

Lovforarbeidene er en relevant rettskilde. De kan gi opplysninger om hva lovgiver har ment med uklare ord og uttrykk. Det er flere forarbeider knyttet til aksjeloven. Årsaken er at det først ble utarbeidet forarbeider i forbindelse med et ønske om en ny aksjelov for både aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper. Et av formålene med ny aksjelov, var at den skulle tilpasses EØS-avtalen.¹⁴ EUs regler skiller mellom små og store aksjeselskaper, ved at

¹³ Ot.prp.nr.23 (1996-1997) s 187

¹⁴ Ot.prp.nr.36 (1993-1994) s 7

direktivene angir hvilken selskapsform hvert direktiv skal gjelde for.¹⁵ EUs selskapsdirektiver er først og fremst rettet mot de allmenne aksjeselskapene.¹⁶ Forarbeidene foreslo derfor et skille mellom små og store selskaper. Den første utredningen om behovet for ny aksjelov ble utarbeidet av et utvalg som ble ledet av professor dr. juris Magnus Aarbakke. Arbeidet resulterte i NOU 1992:29. Deretter utarbeidet Regjeringen Ot.prp.nr.36(1993-1994). Justiskomiteen ga sin innstilling til lovforslaget (Innst.O.nr.45.1994-1995). I justiskomiteens innstilling var det derimot et ønske om mer fleksible regler for små og mellomstore selskaper, slik at det kunne fremme nyetablering og øke sysselsetting og vekst.¹⁷ Det ble også fremmet et ønske om to lover; en for de små og mellomstore selskaper, og en for de store selskapene.¹⁸ Odelstinget sendte derfor Ot.prp.nr.36 (1993-1994) tilbake til Regjeringen. Det ble deretter utarbeidet en ny utredning, som ble ledet av professor dr. juris Erling Selvig. Utredningen førte frem til NOU 1996:3 og medførte at regjeringen utarbeidet Ot.prp.23.1996-1997. Deretter utarbeidet justiskomiteen en ny innstilling (Innst.O.nr.80 1996-1997). Ettersom disse forarbeidene resulterte i vedtakelse av gjeldende aksjelov, har de størst rettskildevikt, og går foran de tilbakesendte forarbeidene ved motstrid. De siste forarbeidene henviser derimot i stor grad til de tilbakesendte forarbeidene. Derfor er de eldre forarbeidene også relevante for å forstå aksjelovens bestemmelser.

Etter vedtakelsen av gjeldende aksjelov i 1997, har det blitt vedtatt flere endringer. I 2004 ble det utarbeidet forslag til endringer i blant annet asl § 3-5 om styrets handleplikt. Bakgrunnen for endringsforslagene var en følge av etterkontroll med aksjeloven.¹⁹ Dette førte frem til Ot.prp.55.2005-2006 og Innst. O. nr.12 2006-2007. I 2013 ble det vedtatt vesentlige endringer i aksjeloven. Advokat Gudmund Knudsen fikk i oppdrag fra Justis-og politidepartementet om å lage en utredning om behovet for en forenklet og mer moderne

¹⁵ Ot.prp.nr.4 (1995-1996) s 7

¹⁶ Ot.prp.nr. 4 (1995-1996) s 3

¹⁷ Innst.O.nr.45 (1994-1995)

¹⁸ Innst.O.nr.45 (1994-1995)

¹⁹ Ot.prp.nr.55 (2005-2006) s 7

aksjelov. På bakgrunn av utredningen ble Prop.111L(2012-2013) utarbeidet. Disse er derfor relevante rettskilder. Ettersom §3-4 og §3-5 inneholder regnskapsbegreper, vil regnskapsloven (rskl) og forarbeider til denne bli tatt i bruk som rettskilder. I Rt. 2007 s. 801 uttaler førstvoterende at aksjeloven integrerer regnskapslovens bestemmelser på en slik måte at sentrale bestemmelser i aksjeloven blir innholdsløse om regnskapsloven ikke gis anvendelse.²⁰ I redegjørelsen for bakgrunnen til asl §3-4 og § 3-5 vil det også bli tatt i bruk forarbeider fra tidligere aksjelov.

Aktuelle dommer som kan bidra til lovtolkningen vil også bli brukt. Jeg har tatt i bruk dommer fra både Høyesterett og lagmannsretten. Høyesterettsdommer har naturligvis størst vekt. Det er likevel underrettsdommer som omhandler asl § 3-4 og § 3-5, og som er relevante for tolkningen av asl § 3-4 og § 3-5. Videre er juridisk litteratur en relevant rettskilde. Aksjeloven av 1976 var et resultat av nordisk samarbeid.²¹ Det nordiske samarbeid er ikke videreført i gjeldende aksjelov. Gjeldende aksjelov bygger derimot på aksjeloven av 1976, som er et resultat av et nordisk samarbeid.²² I tillegg har EØS-avtalen medført større likheter med europeiske aksjelover. Styrets handleplikt ved tap av egenkapital i asl § 3-5 har likheter med dansk rett. Jeg har derfor henvist til dansk litteratur i tolkningen av denne bestemmelsen.

1.7 Videre fremstilling

I kapittel 2 vil jeg gi en kort redegjørelse for sanksjoner ved brudd på asl § 3-4 og § 3-5. Kapittel 3 omhandler bakgrunnen for bestemmelsene. Kapittel 4 vil gi en redegjørelse for lovendringen i 2013. Ettersom asl §3-4 og § 3-5 er presiseringer av styrets forvaltningsansvar, vil kapittel 5 redegjøre for dette. Deretter vil besvarelsen gå nærmere inn på styrets ansvar etter asl § 3-4. Kapittel 7 vil gi en gjennomgang av styrets handleplikt, dersom egenkapitalen blir uforsvarlig

²⁰ Rt 2007 801 (avsnitt 70)

²¹ Løvdal (2003) s 476

²² Ibid. s 476

2 Sanksjoner ved brudd på §3-4 og §3-5

Asl §3-4 og § 3-5 regulerer ikke sanksjoner ved brudd på bestemmelsene. Derimot kan aksjelovens bestemmelser om straff etter asl § 19-1 og erstatning etter asl §17-1 komme til anvendelse. Styremedlemmene kan også straffes etter asl § 19-2 dersom de utviser grov uforstand ved utførelsen av sitt verv for selskapet. Den sistnevnte bestemmelse innebærer at styremedlemmet har utført sitt forvaltningsansvar på en svært klanderverdig måte. Det er derimot lite med dommer som omhandler straff etter aksjeloven. Det kan også rettes straffesanksjoner mot styremedlemmene etter straffeloven (strl) § 283, ved unnlatelse av å begjære oppbud. For at ansvar skal inntre må styremedlemmene uaktsomt eller forsettlig ha begått brudd på bestemmelsene.

Det må foreligge et økonomisk tap. Kreditorerne kan ikke kreve erstatning for brudd på asl § 3-4 og § 3-5 før selskapet er insolvent.²³ Det er fordi et solvent selskap vil ha tilstrekkelig med midler til å dekke sine forpliktelser. I forarbeidene til aksjeloven blir det uttalt at styrets ansvar for å ha feilvurdert egenkapitalsituasjonen, bare kan medføre erstatningsansvar i de grovere tilfellene.²⁴ De usikkerhetsfaktorer som gjør seg gjeldende i vurderingen av om egenkapitalen er forsvarlig, tilsier at ledelsen bør få et visst spillerom i vurderingen.²⁵ Det betyr derimot ikke at styret ikke skal foreta en vurdering etter beste evne.

2.1 Oppbudsplikten

Dersom selskapet ikke har midler til å dekke alle sine forpliktelser, vil videre drift foregå på kreditors regning. Etter strl § 283 kan styremedlemmene straffes dersom de fortsetter driften av selskapet, hvis de er eller bør være klar over at selskapet «er, blir, eller står i påtakelig fare for å bli insolvent ved handlingen, og handlingen er uforsvarlig».

Styremedlemmene har derfor en selvstendig plikt til å begjære oppbud, slik at kreditorerne

²³ Kristin Normann(1994) s 271

²⁴ Ot.prp.nr.36.1993-1994 s 68 (sitert i Ot.prp.nr.23(1996-1997) s 51)

²⁵ Ibid. s 68

ikke lider ytterligere tap. En dom fra Hålogaland Lagmannsrett omhandler en sak hvor styreleder ikke begjærte oppbud i tide, og dermed påførte kreditorene tap. Det var gjort et forsøk på å finansiere videre drift med låneopptak. Lagmannsretten uttaler at plikten til å begjære oppbud inntreffer på et tidspunkt for det ikke er reelle utsikter til tiltak som vil gjøre egenkapitalen forsvarlig.²⁶ I den aktuelle dommen var det vanskelig å bebreide saksøkte for å fortsette driften, så lenge det var en reell utsikt til fortsatt drift av selskapet, forutsatt at lånesøknaden ble innvilget.

2.1.1 Insolvensbegrepet

Etter konkursloven (kkl) § 61 er skyldneren insolvent når «denne ikke kan oppfylle sine forpliktelser etter hvert som de forfaller». Insolvens er et vilkår for å kunne begjære selskapet konkurs. Etter bestemmelsen er ikke skyldneren insolvent når «eiendeler og inntekter tilsammen antas å kunne gi full dekning for skyldnerens forpliktelser». Det kreves derfor at selskapet ikke har midler til å betjene sine forpliktelser. Insolvensdefinisjonen bygger på at skyldneren både er ute av stand til å betjene sine forpliktelser (illikviditet) og at skyldnerens forpliktelser overstiger verdien av selskapets gjeld (insuffisiens).²⁷ Insolvens foreligger ikke «dersom betalingsudyktigheten må antas å være forbigående» (jf.kkl §61). Dersom selskapet er i oppstartsfasen, kan det ha høye oppstartkostander, slik at det midlertidig er ute av stand til å betjene sine forpliktelser ved forfall. Et annet eksempel er sesongbaserte virksomheter som i lavsesongen kan ha lav fortjeneste.

3 Bakgrunnen for aksjeloven §3-4 og § 3-5

3.1 Innledning

I dette kapittelet vil det bli redegjort for bakgrunnen for kravet til forsvarlig egenkapital etter asl § 3-4 og styrets handleplikt etter asl § 3-5. Bakgrunnen for innføringen av kravet til forsvarlig likviditet i asl § 3-4, vil det bli redegjort for i kapittel 4. Før aksjeloven av 1997 var det ingen bestemmelse som uttrykkelig hjemlet et ansvar for en forsvarlig

²⁶ LH-2013-78870

²⁷ Andenæs «Konkurs» (2009) s 61

egenkapital. Det var generelt en dårligere beskyttelse av selskapskapitalen. Den straffesanksjonerte plikten til å begjære oppbud etter strl § 283 inntrådte først på et tidspunkt hvor selskapet ikke hadde tilstrekkelig med midler til å dekke alle sine forpliktelser. Det fantes likevel bestemmelser som hadde til hensikt å beskytte selskapskapitalen, og dermed verne om kreditorinteressen. Det er også holdepunkter i forarbeider og rettspraksis for at styrets ansvar for en forsvarlig egenkapital kunne innfortolkes i aksjeloven fra 1976.

3.2 Beskyttelse av selskapskapitalen i tidligere aksjelov

Asl1976 § 11-12 hjemlet en aktivitetsplikt for styret dersom balansen viste at to tredjedeler av aksjekapitalen var tapt. Styret skulle etter bestemmelsen «gjøre oppmerksom på dette og gi en uttalelse av om det er grunn til å treffe tiltak for å sikre selskapets drift, eller om det er nødvendig å oppløse selskapet».

Både aksjeloven av 1957 og aksjeloven av 1976 hadde bestemmelser som hjemlet et krav om reservefond. Etter asl1976 §12-1 måtte selskapet avsette minst 20 prosent av aksjekapitalen til reservefondet. Fondet begrenset adgangen til å dele ut utbytte, og hovedformålet med bestemmelsen var å sikre økonomien i selskapet.²⁸

1.januar 1996 trådte det i kraft en bestemmelse i asl1976 §9-6a som hjemlet en handleplikt for styrets medlemmer i et allmennaksjeselskap, dersom egenkapitalen var under halvparten av aksjekapitalen. Bestemmelsen ble vedtatt for at norsk aksjelov skulle være i samsvar med EUs 2.selskapsdirektiv art 17.²⁹

Til tross for bestemmelser som hadde til hensikt å beskytte selskapskapitalen var ikke dette tilstrekkelig. Stadig flere aksjeselskaper gikk konkurs. I 1990 ble det registrert en åpning av

²⁸ Skåre (1991) s 307

²⁹ Ot.prp.nr.23(1996-1997) side 53

3814 konkurser, og i 1991 hadde antallet steget til 4926 registrerte konkurser.³⁰

Aksjeselskapene utgjorde den største andelen av konkurser, og dekningsprosenten i konkursboene var også i de fleste tilfeller svært lav.³¹ Årsaken til at en økonomisk krise oppstod, var ofte fordi styret ikke hadde observert signaler om at selskapets økonomi var i ferd med å bli kritisk.³² Det var derfor behov for å utarbeide ny aksjelov som i større grad tok sikte på å styrke kreditorenes interesse i selskapskapitalen.

3.3 Styrets ansvar for forsvarlig egenkapital før gjeldende aksjelov

Forarbeidene uttaler at forslaget om et krav til forsvarlig egenkapital ikke inneholdt noe direkte nytt i forhold til det som allerede var gjeldende rettstilstand.³³ Rt. 1996 s 672 «Kongeparken» viser at forsvarlig egenkapital var innebygget i tidligere aksjelov. Dommen omhandler ansvarsgjennombrudd. Kongeparken gikk konkurs, og spørsmålet var om morselskapet var ansvarlig for tap som kreditorene hadde lidt.

Førstvoterende uttaler følgende:

«Et annet moment i en utilbørighetsvurdering som nevnt, vil være om Kongeparken AS var underkapitalisert. Aksjekapitalen i selskapet var på 50.000 kroner. Som eneste egenkapital ville dette åpenbart vært utilstrekkelig»³⁴

Uttalelsen viser at selv om selskapet oppfylte lovens minstekrav på aksjekapital, var det ikke tilstrekkelig til å verne kreditorene mot tap. Risikoen ved og omfanget av virksomheten gjorde det nødvendig med en høyere egenkapital.

Ettersom loven ikke hadde konkrete plikter for styret til å sørge for en forsvarlig egenkapital, kunne det være vanskelig å vinne frem med et erstatningsansvar på

³⁰ NOU 1992:29 s 37

³¹ Ibid.s 37

³² Jarodd (1993) s 164

³³ NOU 1996: 3 s. 102

³⁴ Rt.1996 672 (s 680)

styremedlemmene for brudd på sitt ansvar for en forsvarlig egenkapital. Det var derfor behov for å utarbeide en bestemmelse som presiserte et krav om at selskapet til enhver tid skal ha en forsvarlig egenkapital.

3.4 Bakgrunnen for styrets handleplikt i asl §3-5

Det ble først foreslått at styrets handleplikt skulle tilsvare den svenske aksjeloven kapittel 13 § 2.³⁵ Dermed kunne styremedlemmene bli objektivt ansvarlige hvis egenkapitalen var under halvparten av aksjekapitalen. Den svenske aksjelovens bestemmelse ble ansett å være for streng, og ble ikke vedtatt. Et strengt ansvar kunne medføre at styremedlemmene ikke ønsket å drive selskapet innenfor risikofylte områder. Hensynet til arbeidsplasser og andre samfunnsinteresser talte også for at selskapet tok en risiko for at tap kunne oppstå.³⁶ Det ble derfor vedtatt en bestemmelse om at handleplikten inntre dersom det må «antas at egenkapitalen er lavere enn forsvarlig ut fra risikoen ved og omfanget av virksomheten i selskapet» (jf.asl § 3-5).

En handleplikt som bare inntre dersom egenkapitalen er lavere enn forsvarlig, ble ansett å være for skjønnsmessig til at den kunne gi en tilstrekkelig beskyttelse av kreditorenes interesser.³⁷ For å ivareta kreditorenes interesser på best mulig måte ble det også vedtatt en handleplikt som er i samsvar med det objektive kriteriet for styrets handleplikt etter tidligere aksjelov § 9-6a og annet selskapsdirektiv art 17 (som gjelder allmennaksjeselskap). Styret fikk derfor en handleplikt dersom «det må antas at selskapets egenkapital er blitt mindre enn halvparten av aksjekapitalen» (jf.asl § 3-5).

³⁵ NOU 1992:29 s 39

³⁶ Ibid. s 39.

³⁷ Ot.prp.nr.36(1993-1994) s 74

4 Forenklinger i reglene for vern av selskapskapitalen

4.1 Innledning

Det er etablert flere aksjeselskaper i Norge, og disse er viktige for norsk næringsvirksomhet. Det er viktig at aksjeloven er tilpasset disse selskapenes behov. 1.juli ble det vedtatt vesentlige endringer i aksjeloven. Mange aksjeselskap er små og mellomstore. Før lovendringen inneholdt aksjeloven flere bestemmelser som var lite tilpasset disse selskapene. Formålet med lovendringen var å forenkle det selskapsrettslige regelverket for aksjeselskapene, og det ble lagt særlig vekt på at aksjelovens regler skulle være godt tilpasset de små selskapene.³⁸

4.2 Bakgrunnen for endringer i kapitalreglene

Før lovendringen var det en større del av selskapskapitalen som var bundet. Bundet egenkapital kan ikke brukes til utdelinger til fordel for aksjonærene (for eksempel til utbytte og selskapets erverv av egne aksjer). Bundet egenkapital gir kreditorene økt trygghet. Det gir også aksjonærene trygghet for at det ikke blir foretatt disposisjoner som vil tappe selskapet for egenkapital. Et eksempel på bundet egenkapital før lovendringen er overkursfondet. Fondet inneholder overkurs på aksjene. Minstekravet til aksjekapitalen var tidligere på 100 000 kr. Beløpet kunne være unødvendig høyt for mange mindre selskaper.

Lovbestemmelsene ga lite rom for fleksibilitet, og de var lite tilpasset det enkelte selskapets behov for kapital. Det ble derfor behov for regler som i større grad skulle ta utgangspunkt i det enkelte selskapets behov for egenkapital. Det var viktig å finne en balanse mellom hensynet til kreditorenes dekningsmuligheter og aksjeeiernes ønske om å unngå innlåsing av kapital i selskapene.³⁹ En annen viktig årsak til behovet for endringer i aksjeloven, var å hindre utvikling av NUF-selskaper

³⁸ Prop.111L (2012-2013) s 5

³⁹ Prop.111L (2012-2013) s 47

4.2.1 NUF-selskaper

EØS-reglene gjør det mulig å etablere selskaper i et annet land enn der de blir stiftet. Dette kalles NUF-selskaper. Som en følge av dette, finnes det flere selskaper i Norge som er stiftet med utenlandske aksjelover. Utviklingen er ikke positiv for norsk næringsvirksomhet, ettersom den hindrer etablering av aksjeselskaper etter norsk aksjelov.

Utviklingen av NUF-selskaper har medført at flere EU-land har endret selskapslovene for å gjøre de mer konkurransedyktig med andre land. Dermed var det også et ønske om at den norske aksjeloven skulle bli mer fleksibel, slik at den hindret utviklingen av NUF-selskaper i Norge. En aksjelov som inneholder detaljerte regler og samtidig er lite fleksibel, kan gjøre det fristende å starte et selskap med utenlandsk aksjelov. Det var derfor viktig å foreta endringer i aksjeloven, slik at aksjeselskaper kan være en gunstig foretaksform for organisering av norsk næringsvirksomhet.⁴⁰

4.3 Mer fleksible regler

Endringene i aksjeloven har medført at regler som skal verne om selskapskapitalen, har blitt mer fleksible og bedre tilpasset det enkelte selskap sitt behov for kapital. En mindre del av selskapskapitalen er bundet. Bestemmelsen om overkursfondet er opphevet, slik at fondet ikke lenger er bundet egenkapital. Minstekravet på aksjekapital er også redusert til 30 000 kr.⁴¹ Utbytteregelen i asl § 8-1 har blitt endret, og en større del av selskapskapitalen kan brukes til å foreta utdelinger til fordel for aksjonærene. Endringene vil også medføre at etableringen av NUF-selskapene i Norge forhåpentligvis avtar.

4.4 Omfanget av ansvaret etter lovendringen

Ettersom lovendringen har medført at en mindre del av selskapskapitalen er bundet, og en større del av selskapskapitalen er tilgjengelig for aksjonærene, er størrelsen på selskapets utdelinger i større grad avhengig av hva styret vurderer som forsvarlig etter asl § 3-4.

⁴⁰ Prop.111L (2012-2013) s 5

⁴¹ Minstekravet ble endret i 2012

Forarbeidene uttaler at asl § 3-4 vil stå mer sentralt etter lovendringen.⁴² Det ble derfor nødvendig å tilføre asl §3-4 et krav om forsvarlig likviditet. Forarbeidene uttaler at kravet til forsvarlig likviditet, bør få særlig betydning i vurderingen av om det skal foretas utdelinger til aksjonærene.⁴³ Det er viktig for kreditorene at selskapet ikke foretar utdelinger som går på bekostning av selskapets evne til å betale tilbake forpliktelser ved forfall. Det er også av interesse for aksjonærene at selskapet har tilstrekkelig betalingsevne. Det er allerede redegjort for at aksjonærene er interesserte i at selskapet oppnår fortjeneste og at kreditorene finner det trygt å gi lån til selskapet.⁴⁴

At asl § 3-4 har fått større betydning viser seg også ved at asl § 8-1 fjerde ledd uttrykkelig henviser til asl § 3-4. Styret har også tidligere hatt plikt til å sørge for at utdelingene har vært i samsvar med asl §3-4. Men fordi utdelingsadgangen i enda større grad er avhengig av styrets skjønn, er det viktig med en konkret bestemmelse i asl § 8-1 fjerde ledd som minner styret på at det ikke kan foretas utdelinger hvis utdelingene er i strid med asl § 3-4. Kreditorene skal ikke risikere at det blir gjennomført utdelinger til aksjonærene, som går på bekostning av selskapets evne til å betjene sine forpliktelser. Det er viktig for både kreditorer og aksjonærer at styret overholder sitt ansvar for at selskapet drives med en forsvarlig egenkapital og likviditet. Ingen har fordeler av at det blir foretatt utdelinger, som vil føre selskapet i en økonomisk krise. Som følge av at styrets ansvar for en forsvarlig egenkapital og likviditet har fått større betydning, kan det også medføre at det vil bli reist flere søksmål mot styremedlemmene for brudd på sitt ansvar etter asl § 3-4.

⁴² Prop.111L(2012-2013) s 77

⁴³ Prop.111L (2012-2013) s 77

⁴⁴ Se kapittel 1.4

4.5 Styrets ansvar for forsvarlig likviditet før lovendringen i 2013

I en dom fra Borgarting lagmannsrett var selskapets likviditetsbehov så stort at et uttak av utbytte som fastsatt, klart stred mot kreditorenes interesser.⁴⁵ Uttalelsen viser at ansvaret for forsvarlig likviditet tidligere var omfattet av styrets alminnelig forvaltningsansvar.

Ansvaret kan innfortolkes i asl § 6-12 tredje ledd om styrets ansvar for å holde seg orientert om selskapets økonomi. Forarbeidene uttaler at lovendringen vil ha pedagogisk betydning, ved at den tydeliggjør at selskapets likviditet skal inngå i forsvarlighetsvurderingen i asl.

§3-4.⁴⁶ Det må likevel nevnes at aksjeselskaper som omfattes av

finansieringsvirksomhetsloven (finansvl) tidligere også har hatt et uttrykkelig krav til forsvarlig likviditet. Etter finansvl §2-17 skal finansinstitusjoner «sørge for at den til enhver tid har tilstrekkelige likvider til at den kan dekke sine forpliktelser ved forfall».

Det har vært usikkert om forsvarlig likviditet ble omfattet av helhetsvurderingen som skal foretas i asl §3-4. Jeg mener at likviditetskravet kan innfortolkes i helhetsvurderingen, ettersom helhetsvurderingen tar hensyn til sammensetningen av selskapets gjeld. Jeg finner støtte for mitt syn i forarbeidene som uttaler at ved forsvarlighetsvurderingen «må det også tas hensyn til sammensetningen av selskapets lånekapital og den likviditetsbelastning betjeningen av denne innebærer».⁴⁷ For eksempel vil et lån med lave avdrag øke sannsynligheten for at selskapet har tilstrekkelig betalingsevne til å betjene forpliktelser. Spørsmålet er ikke lenger aktuelt, ettersom lovgiver etter lovendringen i 2013 har gjort det klart at selskapets likviditet skal med i forsvarlighetsvurderingen i asl. § 3-4.

⁴⁵ LB-2004-4822

⁴⁶ Prop.111L (2012-2013) s 78

⁴⁷ NOU 1996:3 s 146

5 Styrets ansvar for forsvarlig egenkapital og likviditet som følge av dets forvaltningsansvar

5.1 Innledning

Ettersom «forvaltningen av selskapet hører under styret» (jf.asl §6-12 første ledd), har styret den øverste forvaltningsmyndigheten i selskapet. Styret skal sørge for en forsvarlig forvaltning av selskapet. Det gjelder både saksbehandlingen og innholdet i de beslutninger som det treffer.⁴⁸ Det er allerede redegjort for at en viktig del av styrets forvaltningsansvar er å sørge for at selskapet drives med en forsvarlig egenkapital og likviditet.⁴⁹ Ettersom lovendringen har medført at utdelinger til aksjonærene i større grad er avhengig av styrets skjønn, er det svært viktig at styret er tilstrekkelig oppdatert på den økonomiske situasjonen i selskapet før det foreslår utdelinger.

5.2 Styrets ansvar for forsvarlig egenkapital og likviditet etter aksjeloven kapittel 6

Styrets forvaltningsansvar innebærer at det må «sørge for forsvarlig organisering av virksomheten» (jf.asl §6-12 første ledd annet punktum). Styret må derfor sørge for at daglig leder og resten av administrasjonen har tilstrekkelig med midler og kvalifisert personale til å utføre sine oppgaver for styret.⁵⁰ Daglig leder utgjør sammen med styret den daglige ledelsen av selskapet. «Selskapet kan ha en daglig leder» (jf.asl §6-2). Før lovendringen i 2013 var det obligatorisk med daglig leder, dersom selskapet hadde en aksjekapital på over tre millioner kroner. Hovedregelen er at «daglig leder tilsettes av styret» (jf.asl §6-2 annet ledd) Det er viktig at rapportene fra daglig leder inneholder riktig og tilstrekkelig informasjon om selskapets økonomi, slik at styret kan vurdere om egenkapitalen og likviditeten er forsvarlig.

⁴⁸ Aarbakke m.fl. (2012) s 479

⁴⁹ Se kapittel 1.1

⁵⁰ Aarbakke m.fl.(2012) s. 479.

5.2.1 Styrets tilsynsansvar

Styrets forvaltningsansvar innebærer å føre tilsyn med at selskapet drives med en forsvarlig egenkapital og likviditet. Forvaltningsansvaret er en plikt til å lede forvaltningen av selskapet, og ikke en plikt til å utføre all forvaltning på egenhånd.⁵¹ Det er derfor viktig at styret fører «tilsyn med den daglige ledelse og selskapets virksomhet for øvrig» (jf. asl § 6-13). Som et ledd i tilsynsansvaret, kan det være nødvendig å fastsette «instruks for den daglige ledelse» (jf. asl § 6-13 annet ledd). Dersom selskapet går dårlig, kan styret ved instruks pålegge daglig leder å gi en grundigere og mer omfattende redegjørelse av den økonomiske situasjonen i selskapet.

5.2.2 Styrets planer, budsjetter og retningslinjer for virksomheten

Etter asl § 6-12 annet ledd skal styret «i nødvendig utstrekning fastsette planer og budsjetter for selskapets virksomhet». Planene viser hvilke mål styret har for virksomheten. Styrets planer blir konkretisert i budsjetter. At planer og budsjetter skal fastsettes «i nødvendig utstrekning» (jf. asl § 6-12), innebærer at styret må vedta planer og budsjetter som er nødvendige for å kunne utføre en forsvarlig forvaltning av selskapet. Det er viktig å iverksette planer og budsjetter i styrets arbeid med å passe på at selskapet drives med en forsvarlig egenkapital og likviditet. Eksempler på budsjett er driftsbudsjett og likviditetsbudsjett. Driftsbudsjettet viser hvilke inntekter og kostnader selskapet får i det aktuelle året. Likviditetsbudsjettet viser selskapets innbetalinger og utbetalinger i en fremtidig periode. Planer og budsjetter vil gjerne ta utgangspunkt i forslag fra administrasjonen, men asl § 6-12 annet ledd pålegger styret å foreta en selvstendig vurdering av forslagene.⁵² Selv om styret fastsetter planer og budsjetter ut fra en forsvarlig vurdering, kan det forekomme feilvurderinger. I en dom fra Høyesterett uttaler førstvoterende følgende:

⁵¹ Andenæs (2006) s 379.

⁵² Aarbakke m.fl.(2012) s 486

*«Vel kan man kanskje si at styremedlemmene handlet ut fra en noe høy grad av optimisme. Det må likevel sies å ligge en normal forretningsmessig vurdering til grunn for deres disposisjon»*⁵³

Dommen er avsagt før gjeldende aksjelov, men uttalelsen er like aktuell i dag. Uttalelsen viser at det er rom for feilvurderinger. Styret har ikke plikt til å planlegge ut fra «worst case».⁵⁴ Styrets vurdering av fremtiden vil bli nærmere omhandlet i kapittel 6.2

Etter asl §6-12 annet ledd annet punktum kan styret «fastsette retningslinjer for virksomheten». Det er opp til styret å avgjøre om det er nødvendig å fastsette retningslinjer. Forarbeidene uttaler at styret kan fastsette nærmere saksbehandlingsregler, prioritering av virksomhetsområder og strategiske delmål osv.⁵⁵ Retningslinjene kan regulere hvordan selskapet skal drives videre for å oppnå økt fortjeneste. Dersom selskapet drives med svekket kapital, kan styret fastsette retningslinjer for å få egenkapitalen og likviditeten opp på et forsvarlig nivå. Styret er bundet av sine retningslinjer. Etter asl § 6-14 første ledd skal daglig leder følge de «retningslinjer og pålegg som styret har gitt». Daglig leder har ansvaret for at selskapet drives i samsvar med styrets retningslinjer.

5.2.3 Plikt til å holde seg orientert om den økonomiske situasjonen

Asl §6-12 tredje ledd hjemler en plikt for styret til å holde seg orientert om «den økonomiske stilling» i selskapet. Dermed vil styret være i stand til å vurdere om egenkapitalen og likviditeten er forsvarlig. Styret vil få informasjon om selskapets egenkapital og likviditet gjennom rapporter fra daglig leder. Etter asl §6-15 skal daglig leder «minst hver fjerde måned» gi styret «underretning om selskapets virksomhet, stilling og resultatutvikling». Det innebærer at daglig leder har en rapporteringsplikt til styret. Forarbeidene uttaler at styret har en aktivitetsplikt, og kan ikke passivt avvente informasjon

⁵³ Rt.1991 119 (s 127)

⁵⁴ Aarbakke m.fl. (2012) s 486

⁵⁵ NOU 1996:3 s 137

fra administrasjonen i selskapet.⁵⁶ Styret kan derfor etter asl § 6-15 annet ledd «kreve at daglig leder gir en nærmere redegjørelse for bestemte saker». Styret skal ha rapporter fra daglig leder «minst hver fjerde måned» (jf. asl § 6-15 første ledd). En utvidet rapporteringsplikt for daglig leder, vil være aktuelt dersom den økonomiske situasjonen i selskapet er kritisk. Da er det viktig at styret følger ekstra godt med på den økonomiske situasjonen i selskapet.

Styret må sørge for at «virksomhet, regnskap og formuesforvaltning er gjenstand for betryggende kontroll» (jf. asl §6-12 tredje ledd). Bestemmelsen innebærer at styret har ansvar for den interne kontrollen i selskapet. Styret må sørge for at det er regler og retningslinjer for kapitalforvaltningen i selskapet, og et overordnet ansvar for at kontrolltiltakene faktisk etterleves.⁵⁷ Det er selskapets ansatte som utfører den interne kontrollen i selskapet, men det er styret som har det overordnede ansvaret for at det er etablert betryggende kontrolltiltak.⁵⁸ Selskapet kan ha en økonomiansvarlig, som utarbeider regnskap for styret. Dessuten kan selskapet ha en internrevisor som kontrollerer selskapets regnskap i periodene mellom årsregnskapet. En dom fra Frostating Lagmannsrett omhandler ansvar for styremedlemmene etter å ha drevet selskapet videre på kreditorenes regning. Her blir det henvist til sakkyndiges rapport, som blant annet uttaler dette:

"Det er selskapets ledelse (ved styret) som er ansvarlig for å etablere tilfredsstillende rutiner for økonomistyring, herunder rutiner for løpende regnskapsføring med tilhørende rutiner for periodeavslutning»⁵⁹

Uttalelsen innebærer at styret må sørge for at det er etablert en forsvarlig kontroll med den økonomiske situasjonen i selskapet. Dersom selskapet har daglig leder, skal daglig leder

⁵⁶ NOU 1996:3 s 137

⁵⁷ Aarbakke m.fl.(2012) s 487

⁵⁸ Aarbakke m.fl.(2012) s 487

⁵⁹ LF-2012-179793

«sørge for at selskapets regnskap er i samsvar med lov og forskrifter, og at formuesforvaltningen er ordnet på en betryggende måte» (jf. asl § 6-14 fjerde ledd). Det innebærer at den dirkede oppfølgingen av den interne kontrollen kan overlates til daglig leder.⁶⁰ Ettersom styret har det overordnede ansvar for daglig ledelse og den øvrige administrasjonen, må det føre tilsyn med at daglig leder følger opp den interne kontrollen i selskapet.

Etter asl §6-12 fjerde ledd iverksetter styret «de undersøkelser som det finner nødvendig». Styret må blant annet kontrollere at rapportene fra daglig leder gir et riktig bilde av den økonomiske situasjon i selskapet. Styrets ansvar for en forsvarlig forvaltning av selskapet, innebærer at dersom rapportene er mangelfulle, må styret iverksette undersøkelser på egenhånd.

6 Styrets ansvar for en forsvarlig egenkapital og likviditet etter aksjeloven § 3-4

6.1 Innledning

Asl § 3-4 presiserer at selskapet til enhver tid skal «ha en egenkapital og en likviditet som er forsvarlig ut fra risikoen ved og omfanget av virksomheten i selskapet».

Forsvarlighetskravet er en skjønnsmessig vurdering, som viser til en rettslig standard.⁶¹ En rettslig standard innebærer at kravet til forsvarlig egenkapital og likviditet varierer med utviklingen i samfunnet og mellom hvert selskap. Hva som til enhver tid er forsvarlig egenkapital og likviditet er derfor ingen fastsatt størrelse. I nyetablerte selskap kan egenkapitalen og likviditeten være forsvarlig til tross for at selskapet går med underskudd i oppstartsfasen. Det samme gjelder virksomheter som opplever midlertidig lav egenkapital som følge av sesongsvingninger.

⁶⁰ Aarbakke m.fl. (2012) s 487

⁶¹ Ot.prp.nr.36 (1993-1994) s 68 (med tilslutning i Ot.prp.nr.23(1996-1997) s 51)

6.1.1 Formålet med en rettslig standard

Forarbeidene uttaler at den kanskje viktigste betydning med en rettslig standard er å gi selskapets ledelse en påminnelse og en oppfordring til å foreta fortløpende vurderinger av selskapets økonomiske stilling, og til å iverksette nødvendige tiltak.⁶² Uttalelsen innebærer at styret må utvise større oppmerksomhet rundt egenkapitalsituasjonen i selskapet enn det som var rettstilstanden før aksjeloven ble vedtatt i 1997. Dermed skjerpes styrets ansvar i forhold til det som var rettstilstanden før gjeldende aksjelov. Ved å være løpende oppdatert på den økonomiske situasjonen, vil styret lettere kunne forutse situasjoner som kan medføre en økonomisk krise. Dermed kan styret sette i verk tiltak for å hindre at krisen oppstår. Formålet med en rettslig standard var også å gjøre det enklere å vinne frem med erstatningskrav i forhold til det som var tilstanden før gjeldende aksjelov.⁶³ Etter at lovendringen i 2013 medførte at bestemmelsen fikk tilført et krav om at selskapet «til enhver tid» skal ha en forsvarlig likviditet, må styret som nevnt utvise større oppmerksomhet omkring selskapets betalingsevne.⁶⁴

6.2 En fremtidsrettet forsvarlighetsvurdering

Forsvarlighetsvurderingen innebærer også en vurdering av fremtiden. Det skal besvarelsen redegjøre nærmere for. Aarbakke uttaler at styret både har en rett og en plikt til å ta hensyn til en fremtidig utvikling.⁶⁵ En vurdering av fremtiden vil sjelden være helt sikker. Det kan være vanskelig å vite om bestemte forpliktelser eller fortjenester vil inntreffe. Det kan for eksempel foreligge et mulig kausjonsansvar, garantiansvar eller erstatningsansvar mot selskapet. Alle forpliktelser skal likevel med i styrets vurdering av om egenkapitalen og likviditeten er forsvarlig. Det kan også være vanskelig å fastsette verdien på selskapets goodwill og andre verdier som ikke er fysisk observerbare. Videre kan det være usikkert om forutsetningen om fortsatt drift skal legges til grunn. Det kan også forekomme at tiltakene som styret foreslår etter asl §3-5, ikke gir selskapet en forsvarlig egenkapital.

⁶² Ot.prp.nr.36 (1993-1994) s 68 (med tilslutning i Ot.prp.nr.23 1996-1997 s 51)

⁶³ Ibid. s 68

⁶⁴ Se kapittel 4.4.

⁶⁵ Aarbakke m.fl. (2012) s 180

Regnskapsloven opererer med prinsippet om beste estimat. Prinsippet er regulert i rskl §4-2. Etter bestemmelsen skal det ved usikkerhet «brukes beste estimat på bakgrunn av den informasjon som er tilgjengelig når årsregnskapet avlegges» Bestemmelsen gjelder regnskapsføring i forbindelse med årsregnskapet, men må også kunne anvendes i styrets vurdering av om egenkapitalen og likviditeten er forsvarlig. Bestemmelsen innebærer at når vurderingen er usikker, må styret basere sin avgjørelse på «beste estimat», det vil si sitt beste skjønn. For å komme frem til «beste estimat» må styret ta i bruk all informasjon som er tilgjengelig, slik at det kan gi et mest mulig riktig bilde av hva fremtiden vil bringe.⁶⁶ Dette krever at styret foretar en forsvarlighetsvurdering etter beste evne, med den kunnskap som det har på vurderingstidspunktet.

I Rt. 1991 s 119 siterer førstvoterende fra Bernhard Gomards litteraturbok «Aktieselskaber og anpartsselskaber» (København 1986):

«En virksomheds ledelse er imidlertid berettiget til at kæmpe for at bevare selskabet og for at undgå betalingsstandsning og konkurs, sålænge der er en rimelig chance for, at dette kan lykkes, og ledelser i denne situation er blevet frifundet, også i tilfælde hvor håbet om at selskabet kunne ride stormen af, måtte betegnes som spinkelt, men dog ikke helt urealistisk»⁶⁷

Uttalelsen viser at det er rom for en optimistisk vurdering. Styret må foreta vurderingen etter beste evne og med all informasjon som er tilgjengelig. Styret behøver derfor ikke å planlegge ut fra det verst tenkelige. Dette er i samsvar med det jeg har redegjort for i avsnittet om styrets utarbeidelse av planer og budsjetter.⁶⁸

⁶⁶ Tellefsen(2005) s 168

⁶⁷ Rt.1991 119 (s 125)

⁶⁸ Se kapittel 5.2.2

For å unngå at styret tar i bruk estimer som vil føre til en overvurdering av fremtiden, må forsiktighetsprinsippet anvendes.⁶⁹ Prinsippet innebærer at når usikkerheten om fremtiden er stor, bør selskapets overskudd heller anslås for lavt enn for høyt.⁷⁰

6.3 Selskapets egenkapital

«Egenkapital» (jf. asl §3-4) er verdien på selskapets eiendeler etter at gjelden er fratrasket. Forholdet mellom egenkapital og gjeld viser selskapets soliditet.⁷¹ Det innebærer at dersom selskapet har en høy egenkapital, har det også tilstrekkelig med midler til å dekke forpliktelser dersom det skulle oppstå uforutsette utgifter eller lav inntjening.

Egenkapitalen er positiv dersom eiendelene overstiger gjelden. I slike situasjoner gir selskapets eiendeler dekning for selskapets gjeld. Det kan derimot være negativt for selskapet å selge sine eiendeler for å få råd til å betjene sine forpliktelser. Det er fordi selskapet trenger eiendelene til driften av virksomheten.

Den regnskapsmessige egenkapitalen vises i selskapets balanse, som er en del av årsregnskapet. Balansen viser hvordan selskapet har finansiert sine eiendeler. Verdien på eiendeler og gjeld i balansen blir fastsatt ut fra regnskapslovens vurderingsregler.

Balansen skiller mellom anleggsmidler og omløpsmidler. «Anleggsmidler er eiendeler som er bestemt til varig eie eller bruk» (jf. rskl §5-1). Det innebærer at selskapet har anskaffet eiendelene for bruk i virksomheten og ikke i den hensikt å oppnå gevinst ved å selge de.⁷² Eksempler på anleggsmidler er tomter, bygninger og maskiner (jf. rskl § 6-2). Eiendelene behøver ikke å være fysisk observerbare. Immaterielle eiendeler kan ikke observeres fysisk, men de representerer en fremtidig fortjeneste for selskapet. De skal derfor med i balansen. Patenter, lisenser og varemerker (jf. rskl §6-2) er eksempler på immaterielle eiendeler. Anleggsmidler skal vurderes til «anskaffelseskost» (jf. rskl §5-3). Etter rskl §5-4 er

⁶⁹ Tellefsen (2005) s 169

⁷⁰ Ibid. s 169

⁷¹ Andenæs (2006) s 417

⁷² Ot.prp.nr.42 (1997-1998) s 108

anskaffelseskost «kjøpspris med tillegg av kjøpsutgifter». Dette innebærer at regnskapsloven opererer med kostpris, som er prisen ved kjøp av varen. Kostpris tar ikke hensyn til skjulte verdier i selskapet, for eksempel egenutviklet goodwill. Etter rskl §5-1 er omløpsmidler eiendeler som ikke er ment til varig eie eller bruk. Omløpsmidler skal brukes i selskapets omsetning. Eksempler på omløpsmidler er kontanter, kundefordringer, bankinnskudd og selskapets varelager (jf.rskl §6-2). Aksjer skal klassifiseres som omløpsmidler, hvis det ikke foreligger særlige forhold som tilsier at de er ervervet for varig eie eller bruk.⁷³ Omløpsmidler skal etter rskl §5-2 «vurderes til laveste av anskaffelseskost og virkelig verdi».

Regnskapsloven skiller mellom innskutt egenkapital og opptjent egenkapital (se rskl § 6-2 post C). Innskutt egenkapital er eiendeler som aksjonærene har tilført selskapet. Den omfatter blant annet selskapets aksjekapital. Opptjent egenkapital er overskudd fra driften i selskapet.

6.3.1 Selskapets fremmedkapital

Langsiktig gjeld inngår i selskapets balanse etter rskl § 6-2 post D nummer 2. Eksempler på langsiktig gjeld vil være konvertible lån, obligasjonslån og gjeld til kredittinstitusjoner (se rskl § 6-2). Langsiktig lån blir ofte brukt til finansiering av eiendeler som er ment til varig eie og bruk, slik som bygninger, eiendommer og anleggsmaskiner. Langsiktig lån skal betales tilbake over en lengre tidsperiode, gjerne over flere år.

Selskapet kan også ha ansvarlig lånekapital. Dekningsloven §9-7 nr. 2 definerer ansvarlig lån som en «fordring som etter avtale skal stå tilbake for de øvrige fordringshavere». Dermed har långiver satt seg i prioritet bak nåværende og fremtidige kreditorer dersom selskapet ikke lenger har midler til å betjene alle sine kreditorer.⁷⁴ Den gir derfor dårlige dekningsmuligheter, men er til gjengjeld svært gunstig for selskapet. Ansvarlig lån gir

⁷³ Johnsen (1999) side 231

⁷⁴ NOU 1992:29 side 55.

selskapet likviditetstilførsel, og kan dermed øke selskapets kredittverdighet og finansieringsmuligheter.⁷⁵ Dette er en form for langsiktig lånekapital, men er ikke det samme som et ordinært lån. Ansvarlig lån blir gjerne gitt av aksjonærer, for eksempel et morselskap som ikke ønsker at datterselskapet blir avviklet. Lånekapitalen kan dermed brukes til å gjøre selskapet i stand til å betjene kreditorene ved forfall. Et ansvarlig lån som blir gitt på et tidspunktet hvor selskapets økonomi er svak, innebærer en betydelig risiko for at selskapet ikke vil klare å betjene gjelden. Denne risikoen er långiver selvsagt klar over. Forarbeidene uttaler at ansvarlig lånekapital står i en mellomstilling mellom egenkapital og gjeld.⁷⁶ Dette kan forklares med at et ansvarlig lån ikke påvirker de øvrige kreditorenes dekningsmuligheter.

Kortsiktig gjeld inngår i selskapets balanse etter rskl § 6-2 post D nummer 3. Kortsiktig gjeld kan for eksempel være konvertible lån, gjeld til kredittinstitusjoner, leverandørgjeld, betalbar skatt og skyldige offentlige avgifter (se rskl § 6-2). Rskl § 6-2 post D nummer 3 inneholder også «annen kortsiktig gjeld». Dette kan være utbytte til aksjonærene, dersom generalforsamlingen har fastsatt utbyttegrunnlag. Selskapet kan inngå avtale om kortsiktig lån til for eksempel å finansiere innkjøp av varer som er ment for videresalg. Kortsiktig lån er som regel et dyrt lån, og selskapet må være i stand til å betjene renter og avdrag i løpet av kort tid. En mye brukt form for kortsiktig lån er kassakreditt. Dette er et lån fra banken som kan brukes ved behov. Selskapet kan bruke kassakreditt for å dekke løpende utgifter, dersom det er perioder i løpet av et år hvor inntjeningen er lav. Kassakreditten gir derfor likviditetsvekst, ettersom betalingsevnen til selskapet øker. Gjelden betales tilbake så fort selskapet får økte inntekter igjen.

6.3.2 Utgangspunktet for styrets vurdering

Det skilles mellom balanseført egenkapital og reell egenkapital. Den reelle egenkapital skal fastsettes ut fra de virkelige verdiene på selskapets eiendeler og forpliktelser, og kan være høyere eller lavere enn den balanseførte egenkapital. Det har betydning for utfallet av

⁷⁵ NOU 1992:29 side 55

⁷⁶ Ibid. side 55.

forsvarlighetsvurderingen om styret skal ta utgangspunkt i de balanseførte verdier, eller om det kan ta hensyn til verdier som er uavhengig av regnskapslovens vurderingsregler. Asl § 3-4 gir ikke nærmere informasjon om dette.

Forarbeidene uttaler at det er den reelle egenkapitalen som skal legges til grunn i vurderingen av om egenkapitalen er forsvarlig.⁷⁷ Det innebærer at styret kan ta hensyn til merverdier som ikke kommer frem i balansen. Dette vil være til fordel for selskap som har skjulte verdier som ikke kan balanseføres. Disse selskapene unngår at egenkapitalen blir vurdert som uforsvarlig, selv om den i realiteten er forsvarlig. Forarbeidene nevner et eksempel med selskaper som har investert store summer i utvikling av ny teknologi, men som ikke gir utslag i eiendeler som kan tilføres selskapets balanse.⁷⁸ Dette viser til egenutviklet goodwill, som er egenutviklede immaterielle eiendeler.⁷⁹ Et annet eksempel er der det foreligger et overtakelsestilbud fra et annet selskap som overstiger den balanseførte egenkapitalen.⁸⁰ Som følge av at regnskapsloven opererer med kostpris, vil ikke slike verdier fremkomme av balansen. Selskapet kan også ha skjulte potensielle tap.⁸¹ Dermed kan selskapet ut fra de balanseførte verdiene se ut til å ha en forsvarlig egenkapital, selv om den i realiteten ikke er det. Det er derfor viktig å foreta en vurdering av selskapets egenkapital, som ikke er begrenset til selskapets bokførte verdier.

Forarbeidene understreker likevel at dersom selskapet mener at det har en egenkapital som er høyere enn den balanseførte, må dette ha grunnlag i en forsvarlig vurdering.⁸² Ved å ta utgangspunkt i de balanseførte verdier dersom styret er usikker, unngår det i størst mulig grad å foreta feilvurderinger.

⁷⁷ Ot.prp.nr.23 (1996-1997) s 52

⁷⁸ NOU 1996:3 side 146

⁷⁹ Det vil bli gitt nærmere redegjørelse for goodwill i avsnitt 6.3.2.1

⁸⁰ Ot.prp.nr.23(1996-1997) s 52

⁸¹ Løvdal (2003) s 479

⁸² Ot.prp.nr.23 (1996-1997) s 52

Etter fastsettelsen av selskapets balanse kan det ha inntrådt forhold som enten har økt eller redusert størrelsen på selskapets egenkapital. Bankinnskuddet kan for eksempel ha økt som følge av at selskapet opplever større overskudd etter tidspunktet for fastsettelsen av årsregnskapet. Selskapet kan også ha anskaffet seg nye eiendeler eller fått større gjeld som ikke fremkommer av balansen.

I en dom fra lagmannsretten som omhandler ulovlig utdeling av utbytte, uttaler retten følgende:

*«Ved forsvarlighetsvurderingen skal man også ta hensyn til forholdene etter balansetidspunktet».*⁸³

Videre uttales det:

*«Av det som fremgår av månedsrapporten av 15. februar 2002, var selskapet antagelig insuffisient i februar 2002. I løpet av mars måned ble likviditetssituasjonen så dårlig at A og B måtte låne selskapet henholdsvis 500.000 og 1.000.000 kroner. Selskapet var derfor mest sannsynlig illikvid i mars 2002».*⁸⁴

Dommen viser at forhold som inntreffer etter balansetidspunktet kan forverre selskapets situasjon ytterligere. Dermed er det ikke tilstrekkelig at styret tar utgangspunkt i balansen fra sist fastsatte årsregnskap. Styret må også ta hensyn til senere inntrådte forhold i vurderingen av om egenkapitalen er forsvarlig.

6.3.2.1 Goodwill

Goodwill er en immateriell eiendel. Goodwill kan derfor ikke observeres fysisk. Det skilles mellom kjøpt og egenutviklet goodwill. Kjøpt goodwill er regulert i rskl §5-7. Etter rskl §5-

⁸³ LB-2004-4822

⁸⁴ LB-2004-4822

7 er goodwill «differansen mellom anskaffelseskost ved kjøp av en virksomhet og virkelig verdi av identifiserbare eiendeler og gjeld i virksomheten». Kjøpt goodwill skal vurderes etter vurderingsreglene for anleggsmidler (jf. rskl §5-7). Selskapet kan ha goodwill, som følge av at det har opparbeidet seg et godt rennomme` og dermed har en stor kundekrets. Dersom selskapet har goodwill, kan selskapet selges med en høyere verdi enn det de virkelige verdiene på selskapet tilsier. For å finne frem til verdien på selskapets goodwill, må styret foreta en vurdering etter beste evne og ut fra all informasjon som er tilgjengelig.

Egenutviklet goodwill kan være et nyutviklet produkt som gir grunn til forventning om økt fortjeneste i selskapet.⁸⁵ Egenutviklet goodwill kan som nevnt ikke tas med i balansen. Spørsmålet er om det kan tas med i vurderingen av selskapets reelle egenkapital? Det er allerede redegjort for forarbeidenes uttalelse om at selskapet kan ha investert store summer i utvikling av ny teknologi, men som ikke gir utslag i eiendeler som kan tilføres selskapets balanse.⁸⁶ Bråthen uttaler at slike immaterielle eiendeler må kunne tas med i vurderingen av selskapets egenkapital, men at det må stilles strenge krav til at verdien er sannsynliggjort.⁸⁷ Egenutviklet goodwill kan derfor tas med i vurderingen av selskapets reelle egenkapital, forutsatt at styret finner det meget sikkert at slike verdier finnes i selskapet.

6.3.2.2 Forutsetningen om fortsatt drift

Det har betydning for størrelsen på selskapets reelle egenkapital om den skal fastsettes ut fra en forutsetning om fortsatt drift eller ut fra selskapets verdier ved avvikling. Etter rskl § 4-5 skal selskapets årsregnskap «utarbeides under forutsetningen om fortsatt drift». Forutsetningen krever at selskapet har tilstrekkelig med midler til å betjene sine forpliktelser. Regnskapslovens vurderingsregler bygger på en forutsetning om at selskapet

⁸⁵ Bråthen(2006) «Selskapsrett» s 98

⁸⁶ NOU 1996:3 s 146

⁸⁷ Bråthen(2006) «Selskapsrett» s 98

skal fortsette sin virksomhet.⁸⁸ Fortsatt drift gjør det mulig å få ubearbeidede produkter verdsatt til summen av det som har gått med av kostnader så langt i produksjonen.⁸⁹ Dersom virksomheten skal avvikles, skal verdien på selskapets eiendeler fastsettes ut fra avviklingsverdier, som tilsvarer det selskapet kan selge eiendelene for på nåværende tidspunkt (slakteverdi).

Forutsetningen om fortsatt drift skal legges til grunn dersom det «ikke er sannsynlig at virksomheten vil bli avviklet» (jf.rskl §4-5). Eiendelene skal vurderes til virkelig verdi for avvikling, «dersom det er sannsynlig at virksomheten vil bli avviklet» (jf.rskl §4-5).

«Sannsynlig» (jf. rskl § 4-5) gir ikke svar på hvilken sannsynlighetsgrad som skal legges til grunn for at styret må utarbeide et avviklingsregnskap. Dersom styret kommer frem til at egenkapitalen ikke lenger er forsvarlig «ut fra risikoen ved og omfanget av virksomheten i selskapet» (jf.asl §3-4), kan den økonomiske tilstanden i selskapet være kritisk.

Forarbeidene til regnskapsloven uttaler at en uforsvarlig egenkapital ikke nødvendigvis medfører at det må utarbeides et avviklingsregnskap.⁹⁰ Forarbeidene uttaler videre at det skal mer til enn en sannsynlighetsovervekt på litt over femti prosent for at verdiene skal fastsettes ut fra et avviklingsregnskap.⁹¹ Det tilsier at det skal mye til før selskapet må verdsette eiendelene ut fra avviklingsregnskap. Dersom styret er usikre på om fortsatt drift skal legges til grunn i årsregnskapet, må de etter rskl § 3-3 tredje ledd nr. 2 opplyse om dette i årsberetningen.

Det neste spørsmålet er om forutsetningen om fortsatt drift skal legges til grunn i fastsettelsen av selskapets reelle egenkapital?

⁸⁸ NOU 1995:30 pkt.2.4.7

⁸⁹ Tellefsen(2005) s 133

⁹⁰ Ot.prp.nr.42. (1997-1998) s 103

⁹¹ Ot.prp.nr.42. (1997-1998) s 103

Lovteksten gir ikke svar på spørsmålet. Derimot uttaler forarbeidene at kravet til forsvarlig egenkapital skal vurderes ut fra en forutsetning om fortsatt drift, dersom denne forutsetningen fremstår som mest sannsynlig.⁹² Uttalelsen «mest sannsynlig» må tolkes i samsvar med rskl § 4-5. Det innebærer at det skal mer til enn en sannsynlighetsovervekt på litt over femti prosent før styret må fastsette verdiene på sine eiendeler ut fra avviklingsverdier.

6.3.2.3 En helhetsvurdering av selskapets samlede kapitalgrunnlag

En isolert vurdering av selskapets egenkapital, gir ikke tilstrekkelig informasjon om hvorvidt selskapet har en forsvarlig egenkapital. Sammensetningen av gjeld kan påvirke selskapets evne til å betjene sine forpliktelser ved forfall. Lovbestemmelsen hjemler ikke uttrykkelig et krav om at styret skal foreta en helhetsvurdering.

Forarbeidene uttaler at det skal foretas en helhetsvurdering av kapitalgrunnlaget til selskapet.⁹³ Det innebærer at det må tas hensyn til om selskapet for eksempel har ansvarlig lånekapital, eller om det foreligger andre forhold som vil medføre at selskapet har et mer solid kapitalgrunnlag enn det som fremkommer av selskapets egenkapital.⁹⁴ Det vil også ha betydning om selskapet har et morselskap som har stilt garanti for datterselskapets forpliktelser. I slike situasjoner kan selskapet ha en lavere egenkapital enn ellers, ettersom kreditorene vil få dekning av morselskapet dersom selskapet ikke er i stand til å betjene forpliktelser. Et langsiktig lån har avdrag som løper over en lengre tidsperiode. Dermed vil størrelsen på hvert avdrag være lavere enn ved kortsiktig lån. Lave avdrag kan medføre at selskapet lettere blir i stand til å betjene forpliktelser ved forfall. Videre vil en forsikring mot et erstatningsansvar ha betydning for helhetsvurderingen.⁹⁵ Dette reduserer risikoen for at selskapet skal få betalingsproblemer. Forarbeidene mener derfor at det ikke er behov

⁹² Ot.prp.nr.23 (1996-1997) s 52

⁹³ Ibid. s 52

⁹⁴ NOU 1996:3 s 102

⁹⁵ Ot.prp.nr.23(1996-1997) s 52

for å henwise til en helhetsvurdering i lovteksten, ettersom helhetsvurderingen allerede er omfattet av risikovurderingen som styret skal foreta etter asl. § 3-4.⁹⁶ Et ansvarlig lån truer ikke dekningsmulighetene til de øvrige kreditorene.

På den annen side kan selskapet ha stilt garanti eller er kausjonister for et annet selskap. Et garantiansvar eller kausjonsansvar kan medføre at egenkapitalen blir uforsvarlig, selv om den ut fra eiendelenes verdier på nåværende tidspunkt er forsvarelig.

6.4 Selskapets likviditet

«Likviditet» (jf. asl. § 3-4) viser til selskapets betalingsevne. Dersom selskapet har god likviditet, vil det blant annet øke sannsynligheten for at kreditorene vil gi lån til selskapet. Det er fordi kreditorene finner det trygt å gi lån til et selskap som har god betalingsevne. Likviditeten måles med en likviditetsgrad. Likviditetsgrad 1 er forholdet mellom mest likvide eiendeler og kortsiktig gjeld.⁹⁷ Den viser hvordan selskapet er i stand til å betjene sine forpliktelser ved forfall.

Styrets ansvar for en forsvarelig likviditet, krever at styret må foreta en likviditetsvurdering. En likviditetsvurdering er en vurdering av om selskapet har tilstrekkelig med kapital til å betjene løpende forpliktelser utover en bestemt tidsperiode. Det er allerede redegjort for at en del av styrets forvaltningsansvar er at det «i nødvendig utstrekning» (jf. asl §6-12 tredje ledd) skal fastsette budsjetter.⁹⁸ Likviditetsbudsjettet er som nevnt en oversikt over selskapets innbetalinger og utbetalinger i en fremtidig periode. Likviditetsbudsjettet er normalt utarbeidet tolv måneder frem i tid. Det kan oppstå hendelser underveis som krever endringer i likviditetsbudsjettet, for eksempel uforutsette utgifter. Styret kan avverge betalingsproblemer ved å søke om avdragsfrie perioder, forkorte kredittiden til kundene, øke kassakreditten eller få tilført annen lånekapital.

⁹⁶ Ibid. s.52

⁹⁷ Levorsen (1998) s. 54

⁹⁸ Se kapittel 5.2.2

En uforsvarlig likviditet kan oppstå samtidig med at egenkapitalen blir uforsvarlig. Selskapet kan likevel ha forsvarelig egenkapital uten at likviditeten behøver å være det. Det kan være situasjonen dersom selskapet har investert i anleggsmidler, men hvor det ikke finnes tilstrekkelig med kapital til å nedbetale gjeld eller andre forpliktelser, slik som lønn til ansatte. Selskapet vil likevel ikke være insolvent etter konkursloven § 61, ettersom verdien på selskapets eiendeler overstiger summen av selskapets gjeld. Selskapet kan også ha forsvarelig likviditet, selv om egenkapitalen er uforsvarlig. Et eksempel på det vil være dersom selskapet får tilstrekkelig med inntekter hver måned til å betale løpende forpliktelser, til tross for at egenkapitalen er lav.

6.5 Kriterier for å fastslå om egenkapitalen og likviditeten er forsvarelig

Asl § 3-4 inneholder ikke andre kriterier enn at egenkapitalen og likviditeten skal være forsvarelig ut fra «risikoen ved og omfanget av virksomheten i selskapet» (jf. asl § 3-4). Forarbeidene uttaler at det skal være et forsvarelig forhold mellom den virksomheten som selskapet driver og den egenkapitalen som selskapet til enhver tid har.⁹⁹

6.5.1 Forsvarelig egenkapital og likviditet ut fra risikoen ved virksomheten

Ettersom aksjeselskaper ofte driver risikoeksponerte virksomheter, er det viktig at egenkapitalen og likviditeten er forsvarelig ut fra «risikoen ved virksomheten i selskapet» (jf. asl § 3-4). Det innebærer at styret må opparbeide seg kunnskap om hvilke risikomomenter som finnes i selskapet. Eksempler på risikofylte virksomheter vil være entreprenørselskap som baserer sin virksomhet på anbudsarbeid til fast pris.¹⁰⁰ Disse risikerer at markedet endrer seg, slik at de får lav fortjeneste. Andre risikoeksponerte virksomheter kan være selskaper som selger skiutstyr eller hagemøbler. Disse går med økt risiko for tap i lavsesongen, ettersom de har liten etterspørsel etter varene i denne delen av året.

⁹⁹ Ot.prp.nr.23 (1996-1997) s 51

¹⁰⁰ Bråthen (2009) s 190.

Dersom det er stor risiko for tap i selskapet, bør styret sørge for at selskapet har en høyere egenkapital enn en virksomhet som driver innenfor en mer sikker og forutsigbar bransje.¹⁰¹ På den måten vil selskapet være i stand til å betjene sine forpliktelser i perioder med lav inntjening. Det kan også være nødvendig å tilføre selskapet likviditet i form av kassakreditt eller ansvarlig lånekapital, slik at selskapet har midler til å betjene sine forpliktelser i perioder med lav fortjeneste. Dersom selskapet ikke tilføres ytterligere egenkapital og likviditet, vil det være nødvendig å foreta omlegginger av virksomheten, slik at risikoen for tap i selskapet blir redusert.

6.5.2 Forsvarlig egenkapital og likviditet ut fra omfanget av virksomheten

Ettersom selskapets egenkapital og likviditet skal være forsvarlig ut fra «omfanget av virksomheten i selskapet» (jf. asl §3-4), kan ikke virksomheten være større enn at det har en likviditet som gjør det i stand til å betjene større utgiftsposter, og en egenkapital som er stor nok til at kreditorenes dekningsmuligheter ikke blir svekket.

Dersom virksomheten utvides i omfang, må det også ha en likviditet og en egenkapital som er tilstrekkelig for å kunne drive større virksomhet. Kreditorne skal ikke risikere at virksomheten utvides, uten at selskapet har tilstrekkelig med midler til å betjene forpliktelser. Forarbeidene uttaler at ved vesentlige utvidelser av virksomheten, må styret vurdere om selskapets kapitalsituasjon tillater å basere utvidelsen på lånekapital, eller om det er behov for å styrke egenkapitalen i selskapet.¹⁰² Styret kan ikke finansiere utvidelsen med lånekapital, dersom selskapet ikke er i stand til å betjene gjelden. Et alternativ kan være å øke selskapets egenkapital gjennom kapitaltilførsel fra frivillige aksjonærer eller andre. Forarbeidene uttaler at ved en utvidelse av virksomheten, bør utvidelsen vanligvis følges opp med en økning i egenkapitalgrunnlaget.¹⁰³ Det forventes gjerne at selskapet vil

¹⁰¹ NOU 1996:3 s 146

¹⁰² NOU 1996:3 s 102

¹⁰³ NOU 1996:3 s 146

oppnå økt fortjeneste ved å utvide virksomheten. Dermed vil ikke nødvendigvis en midlertidig lav egenkapital og likviditet være uforsvarlig.

6.6 Kravet om at selskapet «til enhver tid» skal ha en forsvarlig egenkapital og likviditet

At egenkapitalen og likviditeten «til enhver tid» (jf.asl § 3-4) skal være forsvarlig, innebærer at styret må være oppdatert på den økonomiske situasjonen i selskapet. Det er allerede redegjort for forarbeidenes uttalelse om at bestemmelsen innebærer at styret må utvise kontinuerlig oppmerksomhet på den økonomiske situasjonen i selskapet.¹⁰⁴ Bestemmelsen kan tyde på at selskapet ikke kan ha perioder med underskudd og lav egenkapital. Forarbeidene gir klart uttrykk for at bestemmelsen ikke kan forstås slik. Det skal i det følgende redegjøres for dette.

6.6.1 Kravet om at egenkapitalen til enhver tid skal være forsvarlig

Forarbeidene uttaler at ved avgjørelsen av om egenkapitalen er forsvarlig, må styret ta hensyn til om selskapet er i oppstartingsfasen eller om det er kommet over i en normal driftssituasjon.¹⁰⁵ Selskapet kan ha høye oppstartskostnader som medfører underskudd. Det kan derfor være forsvarlig å akseptere underskudd og synkende egenkapital i en overgangsperiode.¹⁰⁶ Selskapet kan også ha en midlertidig lav egenkapital som følge av sesongsvingninger i bedriften. Styret må derfor foreta en fremtidsrettet vurdering for å avgjøre om det finnes fornuftige forventninger om at egenkapitalen vil bli forsvarlig innen rimelig tid.

6.6.2 Kravet om at likviditeten til enhver tid skal være forsvarlig

I forbindelse med at kravet til forsvarlig likviditet ble tilført lovbestemmelsen 1.juli 2013, ble det først foreslått at asl § 3-4 skulle omfatte et krav om at selskapet til enhver tid skal ha

¹⁰⁴ Ot.prp.nr.23 (1996-1997) s 55

¹⁰⁵ NOU 1996:3 s 146

¹⁰⁶ Ibid. s 146

tilstrekkelig likviditet til å dekke sine forpliktelser ved forfall. Dermed måtte selskapet alltid være i stand til å dekke sine forpliktelser ved forfall. Forslaget ble møtt med kritikk, blant annet på grunn av uheldige virkninger som bestemmelsen kunne medføre for nyetablerte selskaper og sesongbedrifter.¹⁰⁷ Bestemmelsen ville trolig medført en nedgang i antall nye selskaper og antall sesongbaserte virksomheter, og færre som ønsket å bli styremedlemmer. Dette ville vært uheldig for norsk næringsvirksomhet. Lovbestemmelsen ble derfor endret til at selskapet «til enhver tid skal ha en egenkapital og likviditet som er forsvarlig ut fra risikoen ved og omfanget av virksomheten i selskapet» (jf.asl § 3-4). Dermed kan likviditeten være forsvarlig, til tross for at selskapet har midlertidige betalingsproblemer. Styret må foreta en fremtidsrettet vurdering for å avgjøre om betalingsproblemene er midlertidige.

6.6.3 Hvor ofte må styret foreta en forsvarlighetsvurdering?

Dersom styret foretar for sjeldne vurderinger av selskapets egenkapital og likviditet, kan det medføre brudd på styrets ansvar om at selskapet «til enhver tid» (jf.asl § 3-4) skal ha en forsvarlig egenkapital og likviditet. For sjeldne vurderinger er ikke i samsvar med formålet om å gi styret en «oppfordring til å foreta fortløpende vurderinger av selskapets økonomiske stilling».¹⁰⁸ Dette medfører at styret ikke vil være tilstrekkelig «orientert om selskapets økonomiske stilling» (jf. asl §6-12 tredje ledd). Ansvaret har som nevnt enda større betydning etter lovendringen i 2013, og asl § 8-1 fjerde ledd henviser uttrykkelig til asl § 3-4. Dersom styret ikke er tilstrekkelig oppdatert på den økonomiske situasjonen, risikerer de at det blir foretatt utdelinger i strid med asl § 3-4.

Aarbakke uttaler at det må foretas fortløpende vurderinger av selskapets egenkapital, og at det ikke er tilstrekkelig å vurdere egenkapitalsituasjonen i forbindelse med årsregnskapet.¹⁰⁹ Ved å foreta for sjeldne vurderinger av egenkapitalen, kan styret risikere

¹⁰⁷ Prop.111 L (2012-2013) s 77

¹⁰⁸ Ot.prp.nr.36 (1993-1994) s 68

¹⁰⁹ Aarbakke m.fl.(2012) s 179

at situasjonen blir oppdaget først etter at en økonomisk krise har inntrådt. Dermed kan den straffesanksjonerte plikten til å begjære oppbud etter strl § 283 være inntruffet.

Når det gjelder styrets likviditetsvurdering, kan det inntreffe forhold som gjør at styret må oppdaterte likviditetsbudsjettet. Styret kan derfor ikke nøye seg med å vurdere likviditeten en gang i året. Dersom en likviditetskrise oppdages tidsnok, øker også sannsynligheten for at styret kan sette i verk tiltak for å unngå at kreditorene tar dekning i selskapets eiendeler.

Dersom selskapet går bra og den økonomiske situasjonen i selskapet er stabil, kan det være unødvendig bruk av styrets tid og ressurser å gjennomføre hyppige styrebehandlinger for å vurdere den økonomiske situasjonen i selskapet. Forarbeidene uttaler at så lenge det ikke har inntrådt hendelser etter årsregnskapet, som kan antas å ha vesentlig betydning for selskapets egenkapital, er det ikke nødvendig å foreta hyppige kontroller av den økonomiske situasjonen i selskapet.¹¹⁰ Det samme må gjelde selskapets likviditet. I så fall er det naturlig at det ikke avholdes styremøter oftere enn i forbindelse med daglig leders rapporteringsplikt etter asl § 6-15. Det vil si at styret har styrebehandling minimum tre ganger i året, hvor det gjennomgår selskapets økonomi. Dersom selskapet går dårlig, tilsier en forsvarlig forvaltning av selskapet at styret må foreta hyppige og mer grundige kontroller av selskapets egenkapital og likviditet. Dersom selskapet har daglig leder, tilsier en forsvarlig forvaltning av selskapet at styret pålegger daglig leder å gi styret rapporter om den økonomiske situasjonen oftere enn det daglig leder har plikt til etter asl § 6-15.

6.7 Styrets forhold til selskapets eksterne revisor

Etter revisorloven (revl) § 2-1 må selskapet sørge for at revisor reviderer årsregnskapet. Styret har dermed plikt til å la revisor kontrollere årsregnskapet (dersom det ikke er truffet beslutning om at regnskapet ikke skal revideres etter asl §7-6) For hvert regnskapsår skal revisor «avgi revisjonsberetning til generalforsamlingen» (jf.asl §7-4). Det innebærer at revisor avgir en uttalelse om selskapets årsregnskap.

¹¹⁰ Ot.prp.nr.23(1996-1997) s 55

For at styret skal ivareta sitt ansvar etter asl § 3-4 og § 3-5, er det viktig at styret har et samarbeid med revisor også i periodene utenom årsregnskapet. Revisor forventes å ha god oversikt over selskapets økonomi, og har mulighet til å kontrollere om egenkapitalen og likviditeten er forsvarlig. Styret vil gjerne rådføre seg med revisor når det vurderer selskapets økonomiske situasjon. Revl § 5-1 annet ledd pålegger revisor et ansvar for å se til at selskapet «har ordnet formuesforvaltningen på en betryggende måte og med forsvarlig kontroll». Det innebærer at revisor vil kontrollere om styrets virksomhet, regnskap og formuesforvaltning er gjenstand for betryggende kontroll. Styret må legge til rette for at revisor kan utføre sine plikter for selskapet. Etter revl §5-2 fjerde ledd nr.2 skal revisor påpeke overfor selskapet om det foreligger «feil og mangler ved organiseringen av og kontrollen med formuesforvaltningen». Dermed skal revisor påpeke om det foreligger mangler ved den interne kontrollen. Aarbakke uttaler at revisors eksterne kontroll med selskapet ikke fritar styret fra sitt ansvar for den interne kontroll i selskapet.¹¹¹ En dom fra Høyesterett viser også at styret har ansvar for den interne kontroll i selskapet. Den omhandler spørsmålet om revisor er ansvarlig for tap selskapet har lidt som følge av at daglig leder på ulovlig måte tappet selskapets for kapital. Her uttaler førstvoterende følgende:

«Men når vi er utenfor de oppgavene som knyttet seg til årsoppgjør og regnskap, må utgangspunktet etter min mening være at primæransvaret for å føre kontroll med Rustad Nilssens disposisjoner lå hos styret»¹¹²

Som følge av at styret har ansvaret for den interne forvaltningen, kan det derfor ikke overlate sitt ansvar til selskapets eksterne revisor. Styret må holde seg oppdatert på den økonomiske situasjonen i selskapet, og kan ikke passivt vente på at revisor vil informere styret dersom den interne kontrollen ikke er god nok.

¹¹¹ Aarbakke m.fl. (2012) s 487

¹¹² Rt. 2003 696 (avsnitt 60)

7 Styrets handleplikt når egenkapitalen og likviditeten blir uforsvarlig

7.1 Innledning

Styrets ansvar for forvaltningen av selskapet, innebærer at det har en handleplikt dersom egenkapitalen og likviditeten ikke lenger er i samsvar med asl §3-4. Adressaten for handleplikten i asl § 3-5 er «styret». Handleplikten er en følge av at styret er selskapets ledende forvaltningsorgan. Styrets handleplikt etter asl § 3-5 inntreffer i to tilfeller. Jeg vil først behandle styrets handleplikt etter asl § 3-5, før jeg behandler styrets handleplikt ved uforsvarlig likviditet.

7.2 Styrets handleplikt når egenkapitalen er under halvparten av aksjekapitalen

Styrets handleplikt inntreffer dersom «det må antas at selskapets egenkapital er mindre enn halvparten av aksjekapitalen» (jf.asl § 3-5). Bestemmelsen pålegger styret å innkalle generalforsamlingen uavhengig av om det mener at egenkapitalen er forsvarlig. Bestemmelsen viser til et objektivt kriterium for når handleplikten inntreffer. At egenkapitalen er under halvparten av aksjekapitalen sier ikke mye om selskapets reelle økonomiske stilling.¹¹³ Et betydelig kapitaltap kan tyde på at selskapet har økonomiske problemer, men det behøver ikke å være slik. Forarbeidene uttaler at hensynet til kreditorene og aksjonærene tilsier at det bør oppstilles et generelt krav til styrets aktivitetsplikt som knyttes til aksjekapitalen.¹¹⁴ Det er viktig for både kreditorene og aksjonærene at styret undersøker situasjonen nærmere, slik at det kan finne ut om egenkapitalen er uforsvarlig. Aksjonærene kan for eksempel være interessert i å vedta en kapitalnedsettelse, slik at egenkapitalen kommer opp på et nivå som samsvarer med størrelsen på aksjekapitalen.

¹¹³ NOU 1996:3 s146

¹¹⁴ Ibid. s 146

Når styret må ha oversikt over at egenkapitalen ikke er under halvparten av aksjekapitalen, kan det bli lettere for styret å oppdage situasjoner hvor egenkapitalen er uforsvarlig. Dette ivaretar både aksjonærenes og kreditorenes interesse i å beskytte selskapskapitalen mot tap.

I likhet med styrets vurdering av om egenkapitalen er uforsvarlig, er det også den reelle egenkapitalen som skal legges til grunn i vurderingen av om egenkapitalen er under halvparten av aksjekapitalen.¹¹⁵ Det er derimot ikke rom for en helhetsvurdering av selskapets samlede kapitalgrunnlag.¹¹⁶ Det har sammenheng med at bestemmelsen viser til et objektivt kriterium for handleplikt, og ikke en helhetsvurdering som er avhengig av styrets skjønn.

Dersom egenkapitalen er under halvparten av aksjekapitalen, uten at den er uforsvarlig, er styrets handleplikt etter asl § 3-5 begrenset til å innkalle generalforsamlingen og informere aksjonærene om egenkapitaltapet. Det var tidligere usikkert om handleplikten også innebar en plikt til å foreslå tiltak for generalforsamlingen, dersom egenkapitalen var forsvarlig. Dette ble avkreftet ved lovendringen i 2006. Det er nå slått fast at styrets handleplikt bare gjelder dersom «selskapet ikke har en forsvarlig egenkapital i samsvar med asl §3-4» (jf.asl § 3-5). Ettersom avhandlingen omhandler styrets ansvar for en forsvarlig egenkapital og likviditet, vil jeg begrense meg til de situasjoner hvor egenkapitalen er uforsvarlig.

7.3 Styrets handleplikt når egenkapitalen er uforsvarlig

Asl § 3-5 regulerer en handleplikt hvis «det må antas at egenkapitalen er lavere enn forsvarlig ut fra risikoen ved og omfanget av virksomheten i selskapet». Det innebærer at selskapets egenkapital ikke lenger er i samsvar med asl § 3-4. Forarbeidene uttaler at bestemmelsen presiserer og skjerper styrets ansvar når selskapet ikke lenger er i en

¹¹⁵ Ot.prp.nr.23 1996-1997 s. 54

¹¹⁶ Ibid. s. 54

normalsituasjon, men i et økonomisk uføre hvor det foreligger en reell risiko for at det vil oppstå en økonomisk krise.¹¹⁷

Videre uttaler forarbeidene at styret pålegges en aktivitetsplikt før den økonomiske utviklingen er gått så langt at styret har plikt til å melde oppbud.¹¹⁸ Formålet med handleplikten er derfor å sette i verk tiltak tidsnok, slik at selskapet ikke blir insolvent. Handleplikten er viktig for å ivareta kreditorenes interesse i at selskapet til enhver tid har tilstrekkelig med midler til å dekke forpliktelser. Den er også viktig for aksjonærenes interesse i fortsatt drift av selskapet.

Bestemmelsen pålegger styret å undersøke situasjonen nærmere. På den måten blir hensynet til at selskapet tidsnok skal sette i verk tiltak (for å unngå at selskapet ikke lenger har midler til å betjene kreditorene) ivaretatt. Styrets handleplikt ivaretar både kreditorenes og aksjonærenes interesse i at selskapet ikke drives videre med en uforsvarlig egenkapital.

7.3.1 Tidspunktet for handleplikten

Styrets handleplikt inntreffer «hvis det må antas» (jf.asl § 3-5) at egenkapitalen er uforsvarlig. Det er allerede redegjort for at den reelle egenkapitalen kan være vanskelig å fastsette, blant annet som følge av at selskapet kan ha skjulte verdier eller skjulte potensielle tap. Derfor er det nødvendig at styrets handleplikt inntreffer ved en antakelse om at egenkapitalen er uforsvarlig. Forarbeidene uttaler at de problemer som ligger i at den reelle egenkapitalen vanskelig lar seg fastslå presist, avhjelpes av at handleplikten inntreffer hvis det må antas at egenkapitalen er blitt mindre enn halvparten av aksjekapitalen.¹¹⁹ Et spørsmål er om «det må antas» (jf.asl § 3-5) innebærer at handleplikten inntreffer ved en antakelse fra styrets side, eller om en objektiv kunnskap er avgjørende?

¹¹⁷ NOU 1996:3 s 146

¹¹⁸ Ibid. s 146

¹¹⁹ Ot.prp.nr.55 (2005-2006) s 20.

Ut fra ordlyden kan «det må antas» tyde på at styrets kunnskap ikke er avgjørende. Det er fordi «det må antas» (jf. asl § 3-5) ikke er det samme som at styret må anta. Løvdal uttaler at ordlyden taler for at styrets handleplikt inntre når egenkapitalen faktisk har gått under minimumsgrensen uavhengig av styrets subjektive kunnskap.¹²⁰ Forarbeidene uttaler derimot at det først og fremst er en slik antagelse fra styrets side som bør utløse en aktivitetsplikt.¹²¹ Dersom dette tolkningsalternativet skal legges til grunn, er det viktig at styret til enhver tid er tilstrekkelig orientert om «selskapets økonomiske stilling» (jf. asl §6-12 tredje ledd).

Andenæs uttaler at fristen objektivt sett begynner å løpe fra det tidspunktet det må antas at egenkapitalen ikke lenger er i samsvar med asl § 3-4.¹²² Videre uttaler han at kravet ikke får betydning dersom styret ikke kan bebreides for manglende kunnskap.¹²³ Jeg tolker uttalelsen slik at det objektive tidspunktet skal legges til grunn, men dersom styret ikke kan bebreides for ikke å ha oppdaget situasjonen på dette tidspunktet, inntre handleplikten fra det tidspunktet styret blir klar over situasjonen. Det forutsetter at styret til enhver tid er oppdatert på den økonomiske situasjon i selskapet. Dette samsvarer med den nevnte uttalelsen fra forarbeidene, og er i samsvar med formålet om å gi selskapets ledelse en påminnelse og en oppfordring til å foreta fortløpende vurderinger av selskapets økonomiske stilling, og til å iverksette nødvendige tiltak.¹²⁴

Tidspunktet for handleplikten er derfor når styret oppdager situasjonen, forutsatt at det utfører sine forvaltningsoppgaver i samsvar med sitt ansvar etter aksjeloven. Styret må derfor være tilstrekkelig «orientert om selskapets økonomiske stilling» (jf. asl §6-12 tredje ledd). Dermed unngår styret at tidspunktet for handleplikten starter å løpe før det foreligger en antakelse fra styret om at egenkapitalen er uforsvarlig.

¹²⁰ Løvdal (2003) s 504.

¹²¹ NOU 1996:3 s 44

¹²² Andenæs (2006) s 422

¹²³ Ibid. s 422

¹²⁴ Ot.prp.nr.23 (1996-1997) s 51

7.3.2 Styrebehandlingen

Dersom egenkapitalen er uforsvarlig, «skal styret straks behandle saken» (jf. asl § 3-5). Det er viktig at styret så fort som mulig får vurdert den økonomiske situasjonen i selskapet. All tilgjengelig fakta om den økonomiske situasjonen skal komme frem under styrebehandlingen. Dermed vil styret være i stand til å foreta en beslutning som er basert på en betryggende saksbehandling. Situasjonen kan være kritisk, og det kan haste med å iverksette tiltak for å unngå ytterligere tap av egenkapitalen. Styrets saksbehandling etter asl § 3-5 skal resultere i en beslutning. Styret må avgjøre om egenkapitalen er «lavere enn forsvarlig ut fra risikoen ved og omfanget av virksomheten i selskapet» (jf. asl § 3-5). Dersom egenkapitalen ikke er i samsvar med asl §3-4, må styret også bli enige om hvilke tiltak det skal foreslå for generalforsamlingen, eller om det er nødvendig å foreslå selskapet oppløst.

7.3.2.1 Saksbehandlingsreglene

Aksjeloven kapittel 6 inneholder bestemmelser om styrets saksbehandling. Etter asl §6-20 skal styreleder «sørge for behandling av aktuelle saker som hører under styret». Det innebærer at styreleder har ansvar for å innkalle til styrebehandling, når det foreligger informasjon som gir grunn til å anta at «egenkapitalen er lavere enn forsvarlig ut fra «risikoen ved og omfanget av virksomheten i selskapet» (jf. asl §3-5).

Saksbehandlingsreglene i aksjeloven kapittel 6 skal bidra til at styret treffer beslutninger ut fra et forsvarlig grunnlag. Hovedregelen er derfor at styret behandler sine saker i «møte» (jf. asl § 6-19 første ledd). Det innebærer at styret skal møtes samlet. Før gjeldende aksjelov var det utviklet en praksis med styrebehandling uten møte, ved å ta i bruk telefon, telefaks osv.¹²⁵ Gjeldende aksjelov viderefører dette. Forarbeidene uttaler at fysisk møte kan være tungvint for flere selskaper.¹²⁶ Asl § 6-19 gir derfor tillatelse til styrebehandling uten møte, dersom «styrets leder finner at saken kan forelegges skriftlig eller behandles på

¹²⁵ Huse (2003) s 32

¹²⁶ NOU 1996:3 s 57

annen betryggende måte» (jf.asl § 6-19). Forarbeidene nevner for eksempel telefonmøter hvor styremedlemmene har mulighet til å kommunisere med hverandre samtidig.¹²⁷ Før lovendringen i 2013 måtte årsregnskap og årsberetning behandles i møte, men nå er dette opp til hva styret finner betryggende. Dersom styremedlemmene mener at styrebehandling uten møte ikke er forsvarlig i forhold til saken som skal behandles, kan de «kreve møtebehandling» (jf.asl §6-19 annet ledd annet punktum).

Når styret møtes til styrebehandling i samsvar med asl §3-5, kan den økonomiske situasjonen i selskapet være kritisk. Det kan derfor være uforsvarlig å behandle saken på andre måter enn i et styremøte, hvor styremøtene kan møtes samlet og få diskutert situasjonen. Unntak fra møtebehandling kan likevel være aktuelt når styret trenger rask avklaring på om et tiltak skal settes i verk.¹²⁸ Aarbakke uttaler at dersom styret velger å behandle saken uten møte, kan en behandlingsform hvor styremedlemmene kommuniserer med hverandre samtidig, trolig være en mer betryggende behandlingsform enn en styrebehandlingen som består i sirkulasjon av saksdokumenter.¹²⁹

Dersom styret har daglig leder, er det daglig leder som «forbereder saker som skal behandles av styret i samråd med styrets leder» (jf. asl §6-21). Daglig leder vil i så fall legge frem saken på styremøtet. Etter asl § 6-21 annet ledd må saken «forberedes og fremlegges slik at styret har et tilfredsstillende behandlingsgrunnlag». Det innebærer at daglig leder må sørge for å utarbeide rapporter, slik at styret vil være i stand til å vurdere den økonomiske situasjonen i selskapet.

Etter asl § 6-22 skal styremedlemmene «varsles på hensiktsmessig måte og med nødvendig frist». Dette øker sannsynligheten for at alle styremedlemmene skal få mulighet til å delta.

¹²⁷ NOU 1996:3 s 143

¹²⁸ Løvdal(2003) s 509

¹²⁹ Aarbakke m.fl. (2012) s 508.

Hva som er «nødvendig frist» vil variere med omstendighetene. For å oppfylle kravet til at styret straks skal «behandle saken» (jf. asl §3-5), må styreleder innkalle med kort varsel.

Etter § 6-24 kan ikke styret treffe beslutning før «mer enn halvdelen av medlemmene er til stede eller deltar i styrebehandlingen». Kravet gjelder dersom «ikke annet er fastsatt i vedtektene» (jf. asl §6-24). Bestemmelsen viser til et krav om beslutningsdyktighet. Styremedlemmene kan møte opp eller delta i styrebehandlingen uten å avgi stemme.

Styret kan ikke treffe beslutninger dersom ikke alle styremedlemmene «såvidt mulig er gitt anledning til å delta i styrebehandlingen» (jf. §6-24 annet ledd). Styreleder må derfor sørge for at alle styremedlemmene blir innkalt og får mulighet til å delta. Dersom behandlingen ikke vil være forsvarlig uten et styremøte, kan det være et alternativ at de som ikke kan møte opp, får mulighet til å delta gjennom for eksempel en telefonsamtale.

Etter asl § 6-25 skal styret treffe beslutning med alminnelig flertallskrav. Dermed vil et flertall på over femti prosent være tilstrekkelig. Vedtektene kan derimot fastsette «strengere stemmeregler» (jf.asl. §6-25 annet ledd).

7.3.2.2 Styreprotokollen

Etter asl §6-29 er det obligatorisk å føre styreprotokoll over styrebehandlingen. Protokollen skal minst inneholde «tid og sted, deltakerne, behandlingsmåten og styrets beslutninger» (jf.§6-29). Styrets beslutning om hvorvidt de anser egenkapitalen som forsvarlig eller ikke, skal komme frem av protokollen. Det skal også fremgå at saksbehandlingen «oppfyller kravene i § 6-24» (jf.asl §6-29). Det innebærer at protokollen skal vise at styret har vært beslutningsdyktig. Etter annet ledd skal det fremgå hvem som har stemt for og imot et forslag. Protokollen skal fungere som bevis for at styret har vurdert den økonomiske situasjonen. Protokollen er viktig i en erstatningssak eller straffesak mot styremedlemmene.

7.3.3 Innkalling til generalforsamlingen

«Styret skal innen rimelig tid innkalle generalforsamlingen» (jf. asl § 3-5). På generalforsamlingen skal styret gi en «redegjørelse for selskapets økonomiske stilling»

(jf.asl §3-5). Det innebærer at styret må informere aksjonærene om årsakene til underskuddet og om framtidsutsiktene til selskapet.¹³⁰ Redegjørelsen vil gjøre aksjonærene i stand til å vurdere om det skal vedta styrets forslag til tiltak, eller om oppløsning av selskapet er det eneste alternativet. Styret skal også «på generalforsamlingen foreslå tiltak» (jf.asl §3-5) som vil gjøre egenkapitalen forsvarlig. Ettersom styret har det øverste ansvaret for forvaltningen av selskapet, forventes det at styret har oversikt over hvilke tiltak som kan gi selskapet en forsvarlig egenkapital.

7.3.3.1 Styrets forslag til tiltak

Under styrebehandlingen må styret bli enige om hvilke tiltak de ønsker å foreslå for generalforsamlingen. Styret vil også ha myndighet til å vedta tiltak på egenhånd.¹³¹ Det følger av styrets forvaltningsmyndighet. Tiltakene styret foreslår for generalforsamlingen, vil derfor som oftest være slike som loven eller vedtektene har lagt til generalforsamlingens myndighet å vedta.¹³² Dersom tiltaket vil medføre endringer i selskapets virksomhetsområde etter asl. § 2-2 nr.3, må generalforsamlingen endre vedtektene etter asl. § 5-18

Hvilke tiltak som kan gjøre egenkapitalen forsvarlig, vil variere med omstendighetene. Det vil ha betydning hvor kritisk den økonomiske situasjonen i selskapet er. Styret må derfor undersøke årsaken til tapet av egenkapitalen og framtidsutsiktene til selskapet. På den måten vil styret være i stand til å finne frem til relevante tiltak, eller om oppløsning av selskapet er det eneste alternativet.

En dom fra Gulating lagmannsrett gjelder en virksomhet som ble drevet videre med en uforsvarlig egenkapital, inntil konkurs ble åpnet. Styremedlemmene hadde ikke tatt de

¹³⁰ Ot.prp.nr.36 (1993-1994) s 173

¹³¹ Se avsnitt 7.3.3.2

¹³² Aarbakke m.fl. (2012) side 184

nødvendige skritt for å skyte inn kapital etter at de ble klar over at selskapet hadde en uforsvarlig egenkapital. Lagmannsretten uttaler følgende om de tiltak som ble iverksatt:

«Selv om dette var viktig i den situasjon selskapet befant seg i, måtte det, ut fra den informasjon styret hadde eller burde hatt, være åpenbart at selskapet i tillegg måtte tilføres kapital i betydelig omfang for å ivareta kravene i aksjeloven § 3-4»¹³³

Uttalelsen viser at tiltakene må få egenkapitalen opp på et forsvarlig nivå. Styret må derfor være «orientert om selskapets økonomiske stilling» (jf. asl § 6-12 tredje ledd), slik at det er i stand til å foreslå hensiktsmessige tiltak. I den sistnevnte dommen uttaler lagmannsretten at det ikke var nok å skyte inn midler suksessivt for å dekke regninger som må dekkes.¹³⁴

Et mulig alternativ kan være å henvende seg til aksjonærene med spørsmål om de kan tilføre selskapet ny kapital. Aksjonærenes innskuddsforpliktelse er begrenset til aksjeinnskuddet. Dette følger av ansvarsbegrensningen, hvor de ikke plikter å tilføre selskapet ytterligere kapital «enn det som følger av aksjetegningen» (jf. asl § 1-2). De kan derfor ikke pålegges å tilføre selskapet ytterligere kapital. Aksjonærene kan likevel være interesserte i å styrke selskapets egenkapital, slik at det kan fortsette sin virksomhet. Et aktuelt tiltak kan derfor være kapitalforhøyelse ved nytegning av aksjer etter asl § 10-1. Etter asl § 10-1 treffer generalforsamlingen beslutning om kapitalforhøyelse. Etter asl § 10-1 kan bare «aksjeeierne eller bestemte navngitte personer» innbys til å tegne aksjer i selskapet. Dersom aksjonærene ikke er villige til å delta i kapitalforhøyelse, kan styret undersøke om det finnes andre som er interesserte i å delta i en kapitalforhøyelse, slik at selskapet kan fortsette sin virksomhet.

7.3.3.2 Styrets myndighet til å iverksette tiltak på egenhånd

Ettersom «forvaltningen av selskapet hører inn under styret» (jf. asl § 6-12 første ledd), har styret myndighet til å iverksette tiltak på egenhånd. Under styrebehandlingen kan styret bli

¹³³ RG 2007 s. 1625 (Gulating)

¹³⁴ RG 2007 s. 1625 (Gulating)

enige om å iverksette tiltak på egenhånd. Tiltakene må være slike som hverken lov eller vedtekter har lagt til generalforsamlingens myndighet å vedta. Generalforsamlingen har ingen plikt til å ta stilling til saker som ligger innenfor styrets forvaltningsmyndighet. Det er fordi lovgiver har lagt forvaltningsmyndigheten til styret. Styret kan derfor ikke la det være opp til aksjonærene å vedta tiltak som ligger innenfor styrets myndighetsområde. Tiltaket må gi selskapet en forsvarlig egenkapital.

Dersom selskapets virksomhet har for mye gjeld i forhold til størrelsen på egenkapitalen, kan styret vedta omorganiseringer av virksomheten. Styret kan for eksempel beslutte salg av eiendeler, si opp ansatte eller vedta å legge ned deler av driften i selskapet. På den måten kan selskapet få lavere kostnader, og dermed en høyere egenkapital. Dersom omorganiseringer av virksomheten resulterer i at den vedtektsbestemte virksomheten etter asl §2-2 nr.3 blir endret, må generalforsamlingen vedta dette i form av vedtektsendring etter asl § 5-18.

7.3.3.3 Innkallingen dersom styret kan iverksette tiltak på egenhånd

Et viktig hensyn med asl § 3-5 er som nevnt at det tidsnok skal bli satt i verk tiltak for å unngå at styret må melde oppbud.¹³⁵ Dersom styret selv er i stand til å iverksette fungerende tiltak på egenhånd, kan det tilsi at styret ikke behøver å innkalle generalforsamlingen. Uttalelser fra forarbeidene kan trekke i en annen retning. Forarbeidene uttaler følgende:

«Selskapet vil i slike situasjoner være i en så vidt vanskelig situasjon at saksforholdet bør forelegges selskapets eiere, og utvalget går inn for å pålegge styret en plikt til å gjøre det innen rimelig tid, dvs etter at styret selv har fått klarlagt og vurdert selskapets stilling og på dette grunnlag utarbeidet en redegjørelse med de forslag styret mener generalforsamlingen bør tiltre»¹³⁶

¹³⁵ NOU 1996:3 s 146

¹³⁶ Ot.prp.nr.23(1996-1997) s 53

Uttalelsen innebærer at hensynet til aksjonærene tilsier at styret har plikt til å innkalle generalforsamlingen for å redegjøre for situasjonen. Det er likevel usikkert om uttalelsen innebærer at styret også skal innkalle generalforsamlingen, dersom det er i stand til å iverksette tiltak på egenhånd. Dersom styret er i stand til å iverksette tiltak på egenhånd, vil det ikke ha behov for å utarbeide en redegjørelse med forslag til tiltak. På den annen side kan det være av interesse for aksjonærene å vite om den økonomiske situasjonen.

Aarbakke uttaler at innkalling til generalforsamling ikke kan være nødvendig dersom styret er i stand til å iverksette tiltak på egenhånd.¹³⁷ Han uttaler videre at asl § 3-5 likevel setter en grense for hvor lenge styret kan unnlate å informere generalforsamlingen, dersom selskapet har økonomiske problemer som styret ikke selv er i stand til å løse.

Jeg mener at det er unødvendig bruk av både tid og ressurser å avholde generalforsamling, dersom styret selv er i stand til å iverksette tiltak på egenhånd. Det kan være dyrt å avholde generalforsamling. Å bruke penger på en ekstraordinær generalforsamling er ikke den beste anvendelsen av selskapets midler i en situasjon hvor selskapet har svekket økonomi.¹³⁸ Det kan også medføre at selskapet får et dårlig rennommé. Det er fordi det vil ha negative konsekvenser for selskapet dersom det blir kjent at det må avholdes generalforsamling fordi selskapets økonomi er svekket.¹³⁹ Dette tilsier at styret ikke bør innkalle generalforsamlingen mer enn nødvendig. Styret kan derimot ha et ønske om å innkalle generalforsamlingen for å få deres syn på tiltak det vil iverksette.¹⁴⁰ Dersom styret er usikker på om det vil være i stand til å iverksette fungerende tiltak, må generalforsamlingen innkalles. Dersom egenkapitalen bare kan komme opp på et forsvarlig nivå med tiltak som hører under generalforsamlingens myndighet, har styret brutt sin handleplikt ved ikke å innkalle generalforsamlingen innen «rimelig tid» (jf. § 3-5). Det samme gjelder dersom det

¹³⁷ Aarbakke m.fl.(2012) s 183

¹³⁸ Bråthen(2009) s 193

¹³⁹ Bråthen(2009) s 193

¹⁴⁰ Aarbakke m.fl. (2012) s 185

ikke er mulig å iverksette fungerende tiltak, og styret dermed har plikt til å foreslå oppløsning etter §3-5 annet ledd.

7.3.3.4 Tidsfristen for å innkalle generalforsamlingen

Dersom styret ikke iverksetter tiltak på egenhånd, må styret innkalle generalforsamlingen «innen rimelig tid» (jf.asl § 3-5). Jeg vil i det følgende gi en nærmere redegjørelse kravet til rimelig tid.

Forarbeidene uttaler at «rimelig tid» er etter at styret selv har fått klarlagt og vurdert selskapets stilling, og på dette grunnlag utarbeidet en redegjørelse med de forslag styret mener generalforsamlingen bør tiltre.¹⁴¹ Styret har derfor ingen plikt til å innkalle generalforsamlingen med det samme det oppdager situasjonen. Styret må få tid til å foreta en forsvarlig vurdering av hvilke tiltak det mener at generalforsamlingen bør iverksette. Styret må også få tid til å vurdere om situasjonen er forbigående som følge av oppstartskostnader eller sesongsvingninger. Det er redegjort for at selskapet kan ha en midlertidig lav egenkapital og likviditet, uten at den nødvendigvis behøver å være uforsvarlig.¹⁴² Foregår det et arbeid med refinansiering av selskapet, vil det ofte forutsette høy grad av hemmelighold. Det vil ikke alltid være lurt å innkalle generalforsamlingen, mens refinansieringsarbeidet pågår.¹⁴³

7.3.3.5 Krav til styrets innkalling til generalforsamlingen

Aksjeloven kapittel 5 inneholder bestemmelser som regulerer styrets innkalling til generalforsamlingen. Jeg vil i det følgende gi en generell redegjørelse for noen av disse bestemmelsene.

Etter asl § 5-9 skal generalforsamlingen innkalles av styret. Innkallingsplikten i asl §3-5 er derfor en presisering av styrets myndighet til å innkalle generalforsamlingen. Dersom styret

¹⁴¹ NOU 1996:3 s 44

¹⁴² Se avsnitt 6.6.1

¹⁴³ NOU 1996:3 s.146

oppdager situasjonen kort tid i forkant av en ordinær generalforsamling, må det vurderes om det er innen rimelig tid å vente til ordinær generalforsamling eller om en forsvarlig forvaltning av selskapet tilsier at det må innkalle til ekstraordinær generalforsamling etter asl § 5-6. Ordinær generalforsamling er den årlige generalforsamlingen i selskapet, som avholdes «innen seks måneder etter utgangen av hvert regnskapsår» (jf. asl § 5-5).

Etter asl § 5-10 skal innkallingen foregå ved «henvendelse til alle aksjeeiere med kjent adresse». Det innebærer at innkallingen skal skje ved personlig henvendelse. «Skriftlig» (jf. asl § 3-5) innebærer at aksjonærene skal få innkalling med brev i posten. Etter asl § 5-10 annet ledd skal innkallingen være sendt til aksjonærene «senest en uke før møtet skal holdes». Dette innebærer at styret ikke kan sende innkallingen kortere tid enn en uke i forkant. Etter bestemmelsen kan vedtektene også sette «en lengre frist» (jf. asl § 5-10). Vedtektene kan derfor ikke sette en kortere frist enn en uke.

Etter asl § 5-10 tredje ledd skal innkallingen i et forslag til dagsorden «bestemt angi de saker som skal behandles på generalforsamlingen». Dermed skal innkallelsen gi aksjonærene beskjed om hvilke saker som skal behandles på generalforsamlingen. På den måten vil aksjonærene ha mulighet til å forberede seg. Innkallingen kan derfor ikke inneholde uklare ord og uttrykk. Styret bør derimot unngå å bruke belastende ord som «kapitaltap» eller «uforsvarlig egenkapital».¹⁴⁴ Det er fordi det kan ødelegge selskapets rennomme. Det vil derfor være tilstrekkelig med en innkallelse som har følgende ordlyd: «redegjørelse for selskapets økonomiske stilling».¹⁴⁵ En slik innkallelse sier ikke noe om at selskapet er i en økonomisk krise.

¹⁴⁴ Werlauff (2010) s. 286

¹⁴⁵ Werlauff (2010) s. 286

7.3.4 Styrets ansvar etter at det har blitt iverksatt tiltak

Forarbeidene uttaler at styrets handleplikt etter asl §3-5 ikke går lenger enn til å vurdere situasjonen og foreslå mulige tiltak for generalforsamlingen.¹⁴⁶ Andenæs uttaler at selv om generalforsamlingen nedstemmer styrets forslag til tiltak, har bestemmelsen hatt sin funksjon ved at generalforsamlingen har blitt informert om situasjonen og har hatt adgang til å ta standpunkt.¹⁴⁷

Etter at det har blitt satt i verk fungerende tiltak, har styret fortsatt et ansvar for at egenkapitalen holder seg på et forsvarlig nivå. I innledningen til avhandlingen er det redegjort for at styrets ansvar for en forsvarlig egenkapital og likviditet gjelder gjennom hele selskapets liv. Styret kan derfor ikke slutte å følge med på den økonomiske situasjonen i selskapet, så fort egenkapitalen blir bedre. Det kan også ta tid før den økonomiske situasjonen stabiliserer seg på et forsvarlig nivå. En forsvarlig forvaltning av selskapet tilsier at styret må følge ekstra godt med på den økonomiske utviklingen i selskapet i perioden etter at det har blitt iverksatt tiltak. Det vil ofte være nødvendig at det avholdes styremøter oftere enn vanlig. På den måten får styret mulighet til å følge med på den økonomiske utviklingen etter at tiltaket er iverksatt. Dersom selskapet har daglig leder, vil det ofte være nødvendig at daglig leder sender hyppige rapporter om den økonomiske situasjonen i selskapet. Styrets handleplikt inntre på nytt dersom egenkapitalen igjen blir uforsvarlig.

7.3.5 Oppløsning av selskapet

Dersom det ikke finnes tiltak som vil gjøre egenkapitalen forsvarlig, må styret «foreslå selskapet oppløst» (jf. asl §3-6 annet ledd). Bestemmelsen skal beskytte kreditorene mot at selskapet drives videre med ytterligere tap av selskapskapitalen. Styrets plikt til å foreslå selskapet oppløst inntre i to situasjoner. Jeg vil i det følgende redegjøre nærmere for disse.

¹⁴⁶ NOU 1996:3 s. 146

¹⁴⁷ Andenæs (2006) s. 423

7.3.5.1 Oppløsning dersom styret ikke finner grunnlag for å foreslå tiltak

Plikten til å foreslå selskapet oppløst inntreffer for det første dersom styret «ikke finner grunnlag for å foreslå tiltak som nevnt i første ledd fjerde punktum» (jf. § 3-5 annet ledd). Etter å ha vurdert framtidsutsiktene til selskapet, kan styret komme frem til at situasjonen er så kritisk at det ikke er mulig å sette i verk fungerende tiltak. Styret må i slike situasjoner «foreslå selskapet oppløst» (jf. asl § 3-5 annet ledd). Det er allerede redegjort for at oppløsning av selskapet skal forhindre at styret driver selskapet videre med tap for kreditorene. Det kan haste med å foreslå selskapet oppløst, for å unngå at den økonomiske situasjonen utvikler seg slik at styret må begjære oppbud.

7.3.5.2 Oppløsning av selskapet dersom styrets tiltak ikke lar seg gjennomføre

Styret må også foreslå selskapet oppløst dersom «slike tiltak ikke lar seg gjennomføre» (jf. § 3-5 annet ledd). Forarbeidene uttaler at det vil være situasjonen dersom forslagene blir nedstemt av generalforsamlingen, eller at styrets forslag til tiltak ikke er realistiske.¹⁴⁸ Et eksempel er at det ikke finnes aksjonærer eller andre som er villige til å tilføre selskapet ytterligere kapital.

Styret kan også ønske å fremsette nye forslag til tiltak fremfor å foreslå oppløsning. Aarbakke uttaler at styret ikke bør være forhindret fra å fremsette nye forslag til tiltak innenfor de rammer som følger av aktsom handlemåte.¹⁴⁹ Dersom selskapet får forsvarlig egenkapital ved å sette i verk nye tiltak, bør styret ha frihet til å foreslå ytterligere tiltak overfor generalforsamlingen. Jeg mener at oppløsning av selskapet ikke bør være den siste utvei. Det er både i aksjonærenes og kreditorenes interesse at selskapet fortsetter driften av selskapet med en forsvarlig egenkapital fremfor avvikling. Dette tilsier at dersom styret er i stand til å fremsette forslag til tiltak, slik at selskapet ikke blir insolvent, må styret kunne foreslå tiltakene for generalforsamlingen. Forslagene må være realistiske. Dersom den økonomiske situasjonen er svært kritisk, og det ikke er realistiske utsikter til forbedring, må styret foreslå selskapet oppløst, for å unngå at det drives videre uten midler til å betjene

¹⁴⁸ NOU 1996:3 side 147

¹⁴⁹ Aarbakke m.fl.(2012) s 185

kreditorene. I slike situasjoner kan styrets straffesanksjonerte oppbudsplikt etter strl § 283 inntre.

7.3.6 Styrets ansvar dersom generalforsamlingen ikke følger opp styrets forslag til tiltak

Dersom generalforsamlingen ikke følger opp styrets forslag til tiltak, må styret begjære oppbud, hvis den økonomiske situasjonen medfører at selskapet står i fare for å bli insolvent. Dette er også slått fast i en dom fra lagmannsretten:

«Lagmannsretten skal i denne forbindelse bemerke at selv om styret i tilfeller som disse bare er pålagt en plikt til å foreslå tiltak, kan det ikke være tvilsomt at det, dersom de øvrige vilkår er oppfylt, kan bli holdt ansvarlig også om de tiltak som blir foreslått, ikke blir fulgt opp av generalforsamlingen. For å komme klar av ansvaret, må styret i et slikt tilfelle begjære oppbud, eller styremedlemmene må frasi seg sine verv»¹⁵⁰.

7.3.7 Styrets ansvar dersom generalforsamlingen ikke følger opp styrets forslag om oppløsning

Asl § 3-5 hjemler ingen plikt for generalforsamlingen til å vedta styrets forslag om oppløsning.¹⁵¹ Aksjonærene kan ha et ønske om å fortsette driften av selskapet med et håp om at egenkapitalen etter hvert vil bli forsvarlig. Aksjeloven § 16-15 nr.1 innebærer at tingretten ved kjennelse kan oppløse et selskap «som skal oppløses som følge av bestemmelse i lov eller vedtekter». Dette viser til en bestemmelse om tvangsoppløsning. Aarbakke uttaler at ettersom generalforsamlingen ikke har plikt til å vedta styrets forslag om oppløsning, foreligger det ikke en situasjon hvor selskapet skal oppløses etter asl § 16-15.¹⁵² Dersom generalforsamlingens unnlattelse av å vedta styrets forslag om oppløsning medfører at selskapet vil bli insolvent, har styret en plikt til å begjære oppbud for å unngå

¹⁵⁰ RG 2007 s 1625 (Gulating)

¹⁵¹ En annen sak er at aksjonærene kan bli erstatningsansvarlige dersom unnlattelse av oppløsning påfører kreditorene tap.

¹⁵² Aarbakke m.fl. (2012) s 185

ansvar etter strl. § 283. Plikten til å begjære oppbud gjelder uavhengig av om generalforsamlingen er enig i at selskapet skal avvikles.

7.4 Styrets handleplikt ved uforsvarlig likviditet

Det finnes ingen hjemmel i aksjeloven som uttrykkelig omhandler en handleplikt for styret, dersom likviditeten er uforsvarlig. Et spørsmål er om styrets handleplikt kan innfortolkes i asl § 3-5?

Det er allerede redegjort for at hensikten med styrets handleplikt etter asl §3-5 er at selskapet tidsnok skal sette i verk tiltak, slik at selskapet ikke blir insolvent.¹⁵³ Dersom likviditeten er uforsvarlig, vil kreditorene fortsatt ha dekningsmuligheter i selskapets eiendeler. Selskapet vil derfor ikke være insolvent, og styrets handleplikt ved uforsvarlig likviditet omfattes derfor ikke av formålet med handleplikten etter asl §3-5. Forarbeidene til de siste endringene i aksjeloven uttaler at asl § 3-4 ikke skal medføre endringer i styrets handleplikt etter asl § 3-5.¹⁵⁴ Dette innebærer at styrets handleplikt ved uforsvarlig likviditet ikke omfattes av asl §3-5

7.4.1 Styrets handleplikt som følge av dets forvaltningsansvar

Det vil derimot være brudd på asl §3-4 om at selskapet «til enhver tid» skal ha en forsvarlig likviditet, dersom styret fortsetter driften av selskapet uten tilstrekkelig betalingsevne. Kreditorene er interesserte i at selskapet har tilstrekkelig med kapital til å betjene sine forpliktelser. Å måtte søke dekning i selskapets eiendeler for å få tilbakebetalt gjeld, vil være en tungvint måte å gå frem på. Det er også av interesse for aksjonærene at selskapet slipper å måtte gi fra seg nødvendige eiendeler. Dersom selskapet ikke har tilstrekkelig betalingsevne, kan det også få problemer med å inngå nødvendige avtaler om ytterligere lån. Styrets ansvar for en forsvarlig forvaltning av selskapet etter asl §6-12 tilsier derfor at styret har en handleplikt når likviditeten blir uforsvarlig. Dette må sees i sammenheng med

¹⁵³ Se avsnitt 7.3

¹⁵⁴ Prop.111L (2012-2013) s 78.

at styret må være orientert «om selskapets økonomiske stilling» (jf.asl § 6-12 tredje ledd). Styret har derfor plikt til å reagere dersom det viser seg at selskapet har betalingsproblemer.

Styrets handleplikt ved uforsvarlig likviditet kan derfor innfortolkes i styrets ansvar for en forsvarlig forvaltning av selskapet etter aksjeloven kapittel 6. Formålet med handleplikten er å gi selskapet tilstrekkelig betalingsevne.

7.4.2 Saksbehandlingen

Dersom selskapets likviditet ikke lenger er forsvarlig ut fra risikoen ved og omfanget av virksomheten i selskapet, tilsier en forsvarlig forvaltning at styret må innkalle til styremøte for å avgjøre hvilke tiltak det skal sette i verk for å snu den negative utviklingen. Det er viktig at styret så fort som mulig finner frem til tiltak som vil gi selskapet en forsvarlig likviditet, slik at kreditorene ikke må søke dekning i flere av selskapets eiendeler. Før styret får satt i verk relevante tiltak, kan det være nødvendig å be om betalingsutsettelse eller avdragsfrie perioder på selskapets gjeld. På den måten kan styret unngå å komme opp i en likviditetskrise, hvor kreditorene tar dekning i selskapets eiendeler.

Saksbehandlingsreglene for styrebehandlingen er regulert i aksjeloven kapittel 6. Jeg henviser til tidligere redegjørelse dette.¹⁵⁵

7.4.3 Innkalling til generalforsamlingen

I likhet med det som er sagt om styrets innkalling dersom egenkapitalen er uforsvarlig, er det også unødvendig bruk av både tid og ressurser å avholde generalforsamling, dersom styret selv er i stand til å iverksette tiltak på egenhånd. Det vil derimot nødvendig med innkalling til generalforsamlingen, dersom tiltak som styret ønsker å iverksette er lagt til generalforsamlingens myndighet å vedta. Hensynet til at styret må innkalle generalforsamlingen innen rimelig tid, gjør seg ikke gjeldende i samme grad som i de situasjoner hvor egenkapitalen er uforsvarlig. Det er fordi kreditorene fortsatt har dekning

¹⁵⁵ Avsnitt 7.3.2.1

for selskapets forpliktelser. Jeg mener at det likevel er viktig at styret innkaller generalforsamlingen innen rimelig tid. Kreditorerne er også interesserte i at styret så fort som mulig får tilstrekkelig betalingsevne. Aksjonærene er også interesserte i at det blir satt i verk tiltak tidsnok for å unngå at kreditorerne tar dekning i selskapets eiendeler.

7.4.4 Tiltak for å gjøre likviditeten forsvarlig

En forsvarlig forvaltning av selskapet, tilsier at styret må finne frem til fungerende tiltak, slik at selskapet får en forsvarlig likviditet. Det er flere tiltak som styret kan iverksette. For å være i stand til å finne frem til relevante tiltak, må styret ha tilstrekkelig innsikt i den økonomiske situasjonen i selskapet etter § 6-12 tredje ledd. Det er viktig at styret vet årsaken til betalingsproblemene. Eksempler på tiltak kan være å tilføre selskapet likviditet gjennom ansvarlig lånekapital, slik at selskapet får kapital til å betjene sine forpliktelser ved forfall. Dersom selskapet vil oppnå høye inntekter ved å skifte ut gamle maskiner med nye, kan styret forsøke å inngå avtaler med kreditorerne om ytterligere lånekapital. Det er i så fall viktig at styret informerer kreditorerne om betalingsproblemene. Kreditorerne kan være interesserte i å gi selskapet ytterligere lånekapital dersom dette vil medføre at selskapet kan oppnå økt fortjeneste. Et annet alternativ kan være å forkorte kredittiden til kundene, slik at selskapet raskere får tilført betaling for varer som de selger. Styret kan også selge eiendeler for å få tilført kapital. Jeg har allerede redegjort for at dette kan være negativt for selskapet, ettersom selskapet har behov for eiendelene i driften av selskapet. Det er heller ikke sikkert at salg av eiendeler vil løse selskapets betalingsproblemer på sikt.

Dersom selskapet har for høye utgifter i forhold til inntekter, kan det være aktuelt å selge eller legge ned deler av virksomheten. Dersom salg eller nedleggelse av virksomheten innebærer at selskapet ikke lenger kan drive sin vedtektsbestemte virksomhet etter asl. § 2-2 nr.3, må styret forelegge saken for generalforsamlingen. Styret kan også si opp ansatte, dersom forsvarlig drift av selskapet kan foregå med færre ansatte. Dessuten kan styret forsøke å reforhandle med kreditorerne om låneavtaler. Et eksempel kan være å be om lengre avdragsperioder på lån. På den måten vil selskapet få lavere utgifter hver måned, noe som kan gjøre at de har nok inntekter til å betjene kreditorenes forpliktelser.

8 Avslutning

Besvarelsen har redegjort for hvordan styrets ansvar for en forsvarlig egenkapital og likviditet er en viktig forvaltningsoppgave. Selv om hovedhensynet bak bestemmelsene er kreditorinteressen, er ansvaret også viktig aksjonærene. Ved at styret utviser kontinuerlig oppmerksomhet på selskapets egenkapital og likviditet, vil sannsynligheten for at selskapet går konkurs bli mindre. Dersom egenkapitalen blir uforsvarlig, er det viktig at styret utfører sin aktivitetsplikt i samsvar med asl §3-5. Etter lovendringen har asl § 3-4 fått enda større betydning. Ettersom bestemmelsene har blitt mer fleksible og bedre tilpasset hvert enkelt selskap sitt behov for kapital, blir det lettere å foreta utdelinger til aksjonærene. Det er derfor viktig at styret oppfyller sitt ansvar for en forsvarlig egenkapital og likviditet etter asl § 3-4 og §3-5.

9 Litteraturliste

- Andenæs, Mads Henry: *Aksjeselskaper & allmennaksjeselskaper*. 2.utgave. Oslo, 2006
- Andenæs, Mads Henry: *Konkurs*. 3.utgave. Oslo, 2009
- Aarbakke, Magnus, Asle Aarbakke, Gudmund Knudsen, Tone Ofstad og Jan Skåre: *Aksjeloven og allmennaksjeloven, kommentarutgave*. 3.utgave. Oslo, 2012
- Bråthen, Tore: *Styremedlem og aksjonær* 2.utgave. Bergen, 2009
- Bråthen, Tore *Selskapsrett*. 2.utgave. Oslo, 2006
- Huse, Morten: *Styret: Tante, barbar eller klan?* 2.utgave. Bergen, 2003
- Jarodd, Leif og Tore Tellefsen: *Styret som ressurs*. 1.utgave. Oslo, 1993
- Johnsen, Atle og Erlend Kvaal: *Regnskapsloven*. 1.utgave. Oslo, 1999.
- Levorsen, Stein O: *Styrearbeid i praksis*. 3.utgave. Oslo, 1998.
- Normann, Kristin Aarum: *Styremedlemmers erstatningsansvar i aksjeselskaper*. 1.utgave. Oslo.1994
- Skåre, Jan og Gudmund Knudsen: *Lov om aksjeselskaper*. 3.utgave. Oslo, 1991
- Tellefsen, Jan Terje og John Christian Langli: *Årsregnskapet*. 8.utgave.Oslo, 2005
- Werlauff, Erik: *Selskapsret*. 8.utgave. København, 2010

Tidsskrifter:

- Løvdal, Elin Mack. «*Aksjeloven og allmennaksjeloven §3-4 og § 3-5*». Tidsskrift for forretningsjus, årgang 9 (2003) s.472-570.

Lovregister:

- 1902 *Straffeloven* (strl) av 22.mai. nr.10
- 1984 *Dekningsloven* (deknl) av 8.juni.nr.59
- 1984 *Konkursloven* (kkl) av 8.juni.nr.58Hu
- 1997 *Aksjeloven* (asl) av 13.juni. nr. 44
- 1997 *Allmennaksjeloven* (asal) av 13 juni. nr.45
- 1998 *Regnskapsloven* (rskl) av 17.juli. nr.56
- 1999 *Revisorloven*(revl) av 15.januar.nr.2.

Forarbeider:

-NOU 1992:29 *Lov om aksjeselskaper*

-NOU 1996: 3 *Ny aksjelovgivning*

-NOU 1995:30 *Ny regnskapslov*

-Ot. prp.nr.19 (1974-1975) *Om lov om aksjeselskaper*

-Ot.prp.nr.36 (1993-1994) *Om lov om aksjeselskaper*

-Ot.prp.nr.4 (1995-1996) *Om lov om endringer i lov 4 juni 1976 nr. 59 om aksjeselskaper*

-Ot.prp.nr.42 (1997-1998) *Om lov om årsregnskap m.v. (regnskapsloven)m.v (EØS-tilpasning)*

-Ot.prp.nr.23(1996-1997) *Om lov om aksjeselskaper og lov om allmennaksjeselskaper*

-Ot.ptp.nr.55 (2005-2006) *Om lov om endringer i aksjelovgivningen mv.*

-Prop.111 L (2012-2013) *Endringer i aksjelovgivningen mv. (forenklinger)*

-Innst.O.nr.45 (1994-1995) *Om lov om aksjeselskap (aksjeloven)*

-Innst.O nr.80 (1996-1997) *Om aksjeselskaper (aksjeloven) og lov om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven), og om endringer i annen lovgjeving som følge av ny aksjelovgivning m.m.*

Utredning til Justisdepartementet:

Gudmund Knudsen: Utredning til Justisdepartementet. «Forenkling og modernisering av aksjeloven», 7. januar 2011

<http://lenkeserv.bibsys.no/lenkeserv/action/serv?id=110173524&bib=> [Sisert 13. november 2013]

Dommer fra Høyesterett:

Rt. 1991 s 119

Rt. 1996 s. 672

Rt. 2007 s 801

Rt.2003 s 696

Dommer fra lagmannsretten:

LB 2004-4822 (Borgarting lagmannsrett)

LF-2012-179793 (Frostating lagmannsrett)

RG 2007 s. 1625 (Gulating lagmannsrett)

LH-2013-78870 (Hålogaland lagmannsrett)